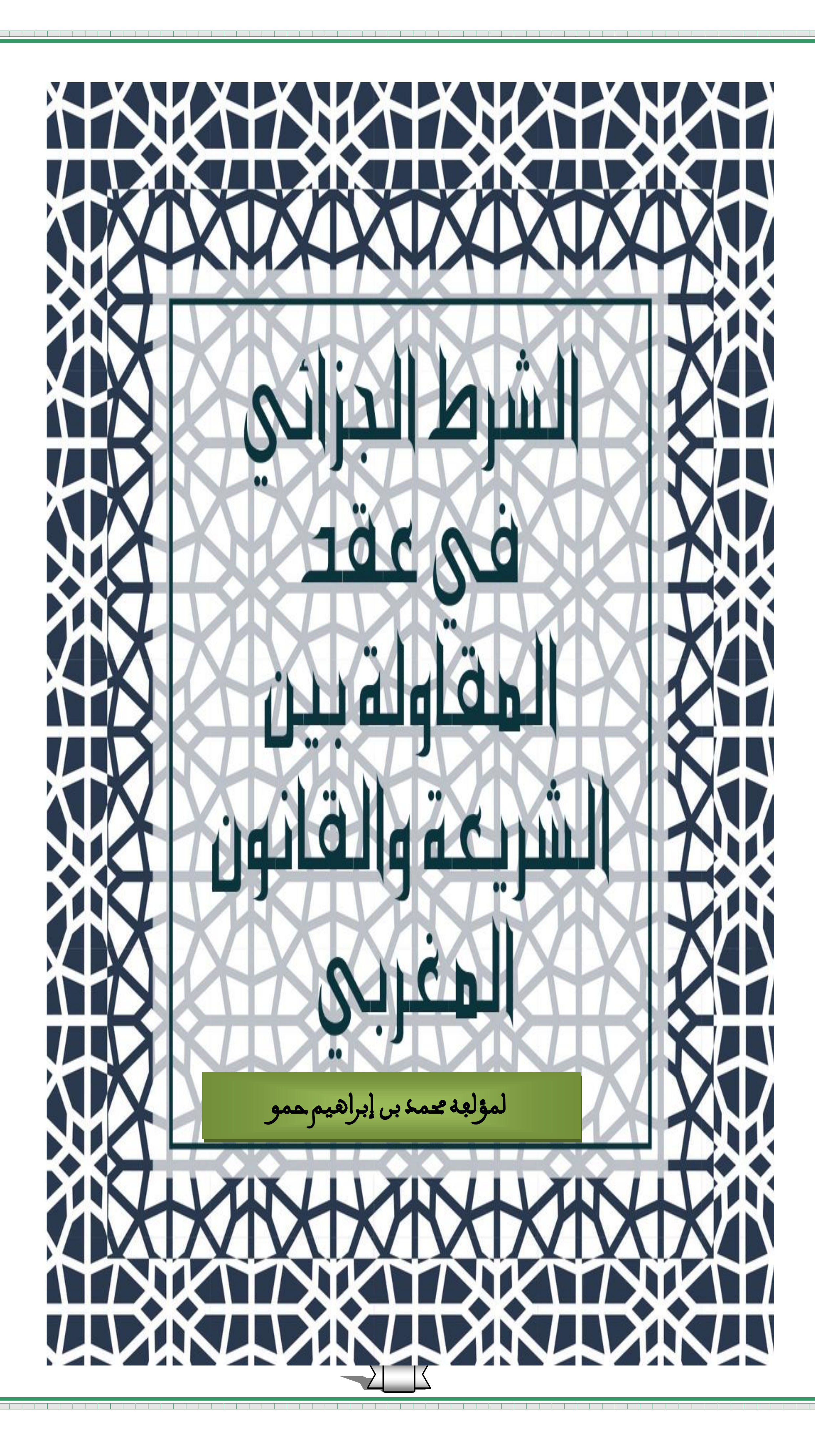
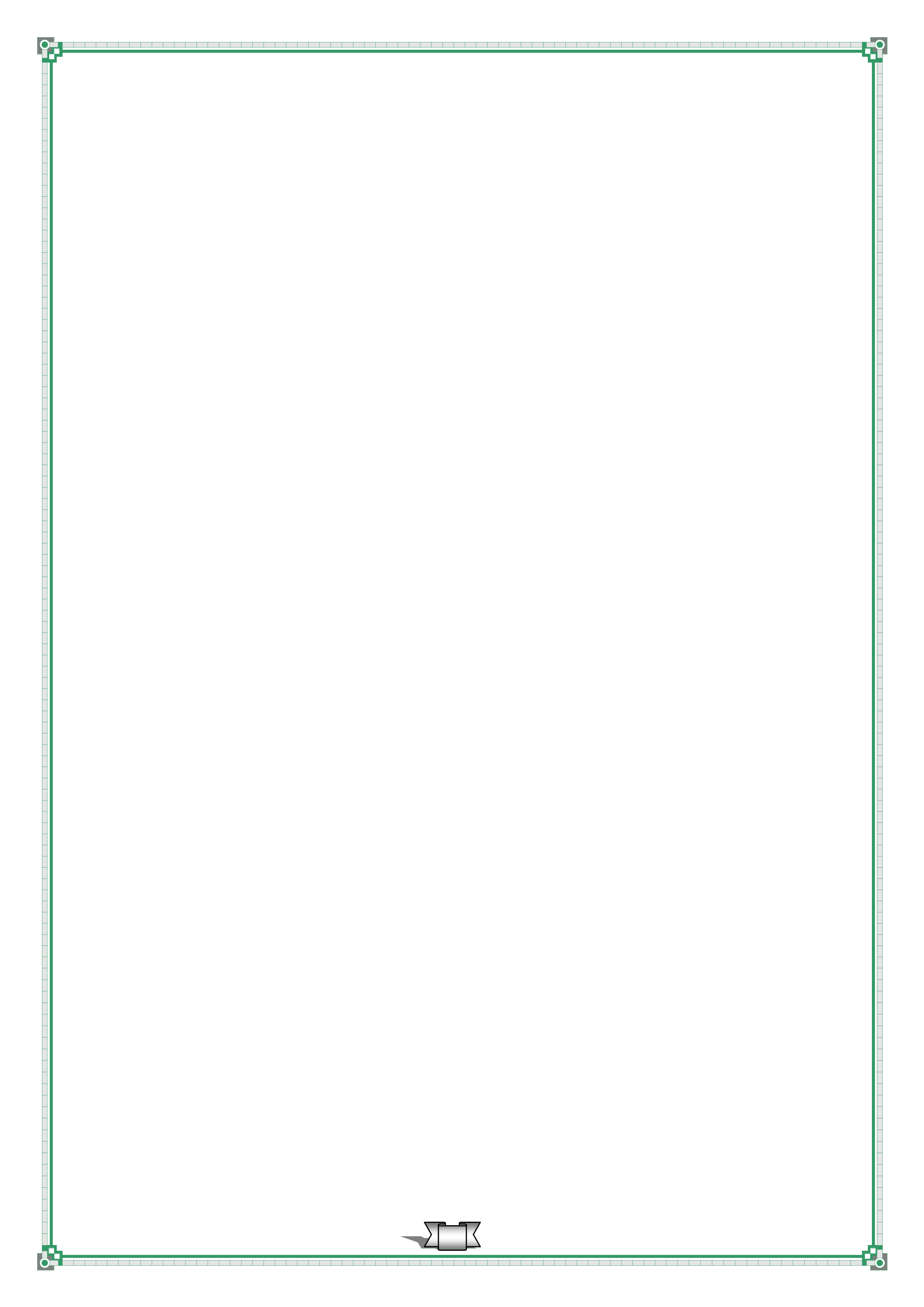


الشرط الجزائي في عقد المقاولة بين الشريعة والقانون المغربي

لمؤلفه محمد بن إبراهيم حمو





الجزء الأول
سورة الفاتحة
سورة الفاتحة
بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ ١
ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ٢
ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ ٣ مَٰلِكِ يَوْمِ ٱلدِّينِ ٤
إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ٥ ٱهْدِنَا
ٱلصِّرَٰطَ ٱلْمُسْتَقِيمَ ٦ صِرَٰطَ ٱلَّذِينَ أَنْعَمْتَ
عَلَيْهِمْ غَيْرِ ٱلْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ
وَلَا ٱلضَّآلِّينَ ٧
٩

قال الله تعالى : ﴿ ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين ﴾



إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمد عبده ورسوله

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ **(102)**﴾[آل عمران آية: (102)]

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾**(1)**[النساء آية: (1)]

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً **(70)** يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزاً عَظِيماً﴾**(71)**[الأحزاب آية: (70 ، 71)]

أما بعد : ـ

فإن أصدق الحديث كتاب الله وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم وشر الأمور محدثاتها وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار .

إن الله عز وجل اصطفى هذه الامة بخير دين , وأرسل اليها خير رسول خاتما للنبوة وجعله بشيرا ونذيرا وسراجا منيرا ,من أطاعه وآمن به واستن بسنته واهتدى بهديه كان على الصراط المستقيم ,وسار على السبيل القويم

الذي يقود الى جنان رب العالمين الذي خلق الخلق وعلم ماهم عاملون ,ولا تخفى عليه خافية في الارض ولا في السماء ,يعلم ما أعلنا وما أسررنا ,ومنَّ سبحانه علينا أن جعل هذا الدين كاملا لانقصان فيه صالحا لكل زمان ومكان ,ولكل عصر ومصرفقال جل وعلا﴿ ***اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا*** ﴾[1]ولم يترك جل وعلا شاردة ولا واردة الا بينها لنا في كتابه وعلى لسان نبيه صلى الله عليه وسلم,قال الله جل وعلا﴿ **ونزلناعليك الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين** ﴾[2],وقال سبحانه وتعالى ﴿ **مافرطنا في الكتاب من شيء** ﴾[3],فما تنزل بالبشرية نازلة الا وفي شرع الله حكمها , ولايستجد مستجد الا وفي كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم بيانها وفصل القول فيها ,سواء علمه من علمه أوجهله من جهله, ولقد باتت الساحة المعاصرة تعج بالنوازل والمحدثات في العبادات والمعاملات على حد سواء , أما العبادات فقد أرشدنا الشرع الحكيم الى أن كل محدثة بدعة فقدقال صلى الله عليه وسلم (**إياكم ومحدثات الامور , فانها ضلالة**)[4]وقال أيضا عليه الصلاة والسلام :(**من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد**)[5] ,أما المعاملات فقد أوكلها الشرع الى القواعد الكلية والاصول العامة للشريعة ترد اليها ويرجع اليها في معرفة حكم ما استجد منها ,ومن النوازل المالية المعاصرة التي عمت مجتمعاتنا الاسلامية وكثر التعامل بها نازلة الشرط الجزائي , هذا المصطلح الوافد علينا من بلاد الغرب يصطلح عليه أيضا بالتعويض الاتفاقي , وارتبط به مصطلح آخر

---

[1]سورة آل عمران الآية102
[2]الانعام38
[3] الأنعام الآية38
[4]سنن الترمذي , كتاب العلم ,باب ماجاء في الاخذ بالسنن واجتناب البدع حديث رقم2681,وقا ل الترمذي هذا حديث حسن صحيح
[5] الجامع الصحيح لمسلم كتاب الاقضية , باب نقض الاحكام الباطلة ورد محدثات الأمور حديث رقم1718

وهو مصطلح المقاولة ,ولقد اهتم كثير من الفقهاء والباحثين المعاصرين بهذا الموضوع لكن ظهر لي أنهم لم يوفوه حقه كما سيأتي الكلام عنه , فاستخرت الله واستعنت به وطلبت المدد والعون منه جل وعلا في اختيار هذا الموضوع ليكون مضمون بحثي لرسالة نيل درجة الماستر في وحدة الخطاب الشرعي وقضايا العصر.

أهمية الموضوع

إن لهذا الموضوع أهمية كبيرة يمكن تجليتها في النقاط الآ تية :

1- كونه موضوعا معاصرا من النوازل المستجدة التي ينبغي العناية بها واستجلاء غوامضها.

2-كونه يمس جانب الاقتصاد والمعاملات المالية في المجتمع الاسلامي المعاصر.

3-إن هذاالموضوع يعالج قضية أصبح العمل جاريا بها في التعاملات المالية المعاصرة في القطاعين العام والخاص .

4-وأن القوانين الوضعية في الدول العربية أضحت تقرالعمل بالشرط الجزائي مما يحتم البحث عن حكم الشرع فيه.

5-و أن عقد المقاولة أصبح شاملا لكل المهن الحرة في ميدان مقاولات الأشغال وعقود التوريد.

وهذه في اعتقادي محفزات كافية للبحث في الموضوع وخوض غماره والبحث في غوامضه والإطلاع على حقائقه.

الدراسات السابقة

لقد وجدت   أن عددا من الباحثين اهتموا بهذا الموضوع كل يراه من زاوية معينة يجمعهم نفس العنوان ويفرقهم التناول والمنظور , ومن الذين كتبوا في الشرط الجزائي بمنظور شرعي وقانوني:

1-عبد المحسن سعيد الرويشد,أعد رسالة دكتوراه بعنوان (الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة).

2-محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني, أنجزرسالة دكتوراه بعنوان (الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة).

3-علي السالوس ,له بحث بعنوان (الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة) بحث مقدم للمجمع الفقهي الاسلامي بجدة.

4-محمد علي الصوا , صدر بحث بعنوان (الشرط الجزائي في الديون دراسة مقارنة)بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية جامعة الكويت.

5-أسامة الحموي, ألف كتاب بعنوان (الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون).

وهذه الدراسات كلها إما عرضت لجوانب معينة من الموضوع كتطبيقاته في الديون أو سلطة القاضي عند التنازع , أو توسعت في النظر إلى العقود التي يمكن أن يدخلها الشرط الجزائي وأغفلت أهم مجال يحكمه هذا التعامل وهو عقد المقاولة الذي انتهيت إلى أنه لم يكتب فيه حسب علمي سوى :

1-عبد الرحمان بن عايد بن خالد العايد , له بحث بعنوان (عقد المقاولة)نشر من قبل جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

2-وهبة الزحيلي , بحث بعنوان (عقد المقاولة) بحث مقدم للمجمع الفقهي الاسلامي.

3-زياد شفيق قرارية , رسالة ماجستير بعنوان (عقد المقاولة في الاسلام وما يقابله في القانون المدني).

4- إبراهيم شاشو له بحث بعنوان(عقد المقاولة في الفقه الاسلامي)منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية , المجلد 26 العدد الثاني -2010م.

الشيء الجديد في البحث =

الشيء الجديد في هذه الدراسة هو أمران :

أحدهما الجمع بين البحث في الشرط الجزائي والبحث في عقد المقاولة في بحث واحد لأن الأبحاث السالفة تدرس الشرط الجزائي بتفصيل ثم تذكر شيئا عن المقاولة أو لاتذكر شيئا أصلا أو العكس لذلك رأيت أن يجمعا معا في بحث واحد.

الأمر الثاني وهو الاشتغال على القانون المغربي لأن كل لأبحاث التي أشرت اليها آنفا لم تلتفت اليه ولم تعرج عليه مع ذكرها لقوانين دول كثيرة.

وأود أن أشير هذا الصدد أن القانون المغربي اهتم بتنظيم موضوع الشرط الجزائي فيما يتعلق بمجال الصفقات العمومية التي تنجز لصالح الدولة والقطاع العام باستثناء مجال الأوقاف [1] وذلك صيانة للأشغال والتوريدات التي تنجز لصالح الدولة من تواطؤ الادارة ومن عبث المقاولات .

أما مايتعلق بالصفقات التي تنجز لفائدة القطاع الخاص فقد أبقى عليها القانون كما هي في قانون الالتزامات والعقود الذي يقتضي أن العقد شريعة المتعاقدين ,ففتح هذا القانون الباب للأشخاص الذاتين والمعنويين للاتفاق على الشروط الجزائية التي يمكن أن تحمي مصالحهم .

منهج البحث

اقتضت مني منهجية البحث أن أسير وفق هذه الخطوات :

1-ارتأيت تقسيم البحث إلى فصلين خصصت الاول للشرط الجزائي والثاني للشرط الجزائي في عقد المقاولة .

---

[1] صدرت مدونة الأوقاف الجديدة بالظهير236-09-بتاريخ 14-06-2010م وجاء في مادته147أن صفقات الأشغال والتوريدات والخدمات المتعلقة بهذه الادارة تخضع لنظام خاص لازال لم يصدر فيما أعلم .

2- قمت بجمع أقوال العلماء في الشرط الجزائي وفي تعريفهم له وأقوالهم في الشروط المقترنة بالعقود.

3- لجأت لدراسة القضية من الناحية الشرعية .

4- ثم عرجت لدراستها من الناحية القانونية.

5- عقدت مقارنة بين الشريعة والقانون .

6-قمت بالترجيح فيما اذا كانت المسألة تتجاذبها مذاهب وأقوال عدة.

7- حرصت على تحرير المصطلحات لغويا واصطلاحيا من الناحية الشرعية والقانونية.

8-جعلت لكل مبحث ولكل فصل خلاصة في آخره.

مخطط البحث :

-المقدمة

الفصل الأول :الشرط الجزائي

المبحث الأول : تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح

المبحث الثاني : أنواع الشروط والأصل فيها

المبحث الثالث : تعريف الجزاء والمقصود بالجزاء عند الاخلال

المبحث الرابع : تعريف الشرط الجزائي

المبحث الخامس : التخريج الفقهي للشرط الجزائي

الخاتمة

وأسأل الله عزوجل أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم , وأن يجعل فيه النفع للاسلام والمسلمين وألا يكون مجرد تسويد للورق والتحلي بحلية السرق , إنه قريب مجيب الدعاء , وبه الاستعانة وعليه التكلان جل جلاله ولا اله غيره , وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا .

الفصل الأول :الشرط الجزائي

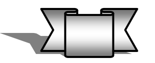
المبحث الأول : تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح

الشرط في اللغة :

جاء الشرط في اللغة لمعاني عديدة منها ماذكره صاحب القاموس المحيط بقوله :

(الشرط الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة ج شروط ,... وبالتحريك العلامة ج أشراط وكل مسيل صغير يجيءمن قدر عشر أدرع , وأول الشيء وزيادة المال وصغارها , والاشراف أشراط أيضا...)[1]

[1] الفيروزآبادي, القاموس المحيط والقابوس الوسيط لماذهب من كلام العرب شماطيط ,ص673 , ط8 , 1426ه, 2005م , مؤسسة الرسالة. وانظر الخليل بن أحمد الفراهدي , العين مرتبا على أحرف المعجم , ترتيب وتحقيق د. عبد الحميد هنداوي ,ج2 ,ص322 ط1424ه/2003,دار الكتب العلمية./ ابن فارس , معجم مقاييس اللغة ج3ص 260, تحقيق عبد السلام هارون , ط دار الجيل ./



والذي يهمنا من المعاني في التعاريف اللغوية معنى الالزام والالتزام,قال محمدعلي الصوا(للشرط عدة معان في اللغة، والذي يعنينا منها ما جاء في لسان العرب من أنه: إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه، والشرط: العلامة، والجمع أشراط[1].

الشرط في الاصطلاح :

قال الجرجاني في التعريفات : (تعليق شيء بشيء حيث إذا وجد الأول وجد الثاني وقيل الشرط : مايتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ,

ولايكون مؤثرا في وجوده , وقيل الشرط : مايتوقف ثبوت الحكم عليه ,...وفي الشريعة عبارة عما يضاف الحكم اليه وجودا عند وجوده لا وجوبا)[2].

وقد اختلف الأصوليون في تعريف الشرط , قال بدر الدين الزركشي : (وأما في الاصطلاح فذكر فيه حدود أولاها ماذكره القرافي وهو أن الشرط مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ...).[3]

([1]) الشرط الجزائي في الديون دراسة مقارنة , مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية , السنة التاسعة عشرة ,العدد58, رجب 1425ه ,سبتمبر2004م.ص226

[2]التعريفات , ص115,ط1, 1427ه-2006م,مؤسسة الحسني.وانظر : الكفوي , الكليات ,ص529-تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري ,1419ه-1998م,مؤسسة الرسالة /وانظر: التهانوي , كشاف اصطلاحات الفنون ,ج1,ص 1014, تقديم واشراف ومراجعة د. رفيق العجم , حقيق علي دحروج , نقل النص الفارسي الى العربية د . عبد الله الخالدي , ط1, 1996م, مكتبة لبنان ناشرون .

[3]البحر المحيط ,ج3, ص327, ط3, 1412ه,1992م, دار الصفوة للطباعة والنشر. **وانظر** : المستصفى ,ص 261, د.ط, 1420ه,2000م, دار الكتب العلمية,بيروت لبنان .
تقويم الادلة في أصول الفقه , قدم له وحققه الشيخ محيي الدين الميس ,ط1, 1421ه , 2001م, دار الكتب العلمية./ المغني في أصول الفقه , ص345, تحقيق د.محمد مظهر بقا , نشر جامعة أم القرى مركز البحث العلمي واحياء التراث الاسلامي كلية الشريعة والدراسات الاسلامية مكة المكرمة./ نفائس الاصول في شرح المحصول و المجلد الثاني ,ص561, دراسة وتحقيق

الشرط في اصطلاح الفقهاء :

قال الصنعاني : (والشرط في عرف الفقهاء ما يلزم من عدمه عدم الحكم أو سبب سواء علق بكلمة شرط أولا).[1]

وهذا التعريف شبيه بتعريف الاصوليين , غير أنه غير مانع حيث لايمنع من دخول السبب , ولا يمنع مقارنة الشرط للسبب, ولايمنع من دخول العلة أيضا وعليه فهو تعريف قاصر على تعريف الشرط باقتران الحكم بوجوده , وانعدامه عند انعدام الشرط فبالتالي دورانه معه وجودا و عدما وهذا من خصائص العلة , والصواب في تعريف الشرط زيادة (ولا يلزم من وجوده وجود الحكم لذاته) كما قد سلف في تعريف القرافي عليه رحمة الله الذي نقله الزركشي كما مرَّ .

قال في سبيل الفلاح : (في الاصطلاح فان الشيء الذي يتعلق بشيء آخر امأن يكون جزء منه وداخلا في جملته كالركوع أو السجود بالنسبة للصلاة فهذا يسمى ركنا , واما أن لا يكون جزءا منه وحينئذ فاما أن يكون مؤثرا فيه بحسب الظاهر كعقد البيع الذي يبيح للمشتري ملك المبيع وللبائع ملك الثمن , فهذا يسمى علة , واما أن لا

وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمح عوض , قرظه الاستاذ الكتور عبد الفتاح أبو سنة , ط1,1416ه, 1995م, مكتبة نزار مصطفى الباز./

التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة , ص77و د.ط , مكتبة الحرمين للعلو النافعة / التحبير شرح التحرير , ج3 , ص1066, دراسة وتحقيق د. عبدالرحمان بن عبد الله الجبرين , مكتبة الرشد الرياض.

الردود والنقود , ج2 , ص242, تحقيق د. ترحيب بن ربيعات الدوسري , ط1, 1426÷ ,2005م, مكتبة الرشد ناشرون ./

منتهى السول في علم الاصول ,ص143, ط1, 1424ه , 2003م, دار الكتب العلمية.

شرح قواعد الاصول ومعاقد الفصول ,ص91, شرح سعد بن ناصر بن عبدالعزيز الشتري, ط1, 1426ه,2006م , دار الكنوز اشبليا للنشر والتوزيع .

ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول , ص11, دار الكتب العلمية. /[3] الموافقات , المجلد الاول , ج1,ص233, ط5, 1422ه,2001م, دار المعرفة للنشر والتوزيع.

صحيح الفقيه والمتفقه ص105 , ط1, 1418ه , 1997م, دار الوطن للنشر [3] الواضح في أصول الفقه ,ج3,ص5,ط1, 1420ه,1999م, مؤسسة الرسالة.[3] علم أصول الفقه , ص118, دون رقم الطبعة , مكتبةالدعوة الاسلامية.

معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة ,ص321,ط1,ذوالحجة , 1416ه, 1996م, دار ابن الجوزي للطباعة والنشر.

شرح الكوكب المنير, ص451 , 1413ه, 1993, مكتبة العبيكان

[1] سبل السلام شرح بلوغ المرام ,ج3, ص6, سنة الطبع 1425هو 2004 م, دار الحديث للطباعةوالنشر والتوزيع.

يكون مؤثرا فيه بحسب الظاهر وحينئذ فاما أن يكون مفضيا ومؤديا اليه في الجملة , كالوقت بالنسبة للصلاة فهذا يسمى سببا , وان لم يكن مفضيا ومؤديا اليه فاما أن يتوقف الشيء عليه بحيث لا يحصل الا بحصوله وذلك كالطهارة بالنسبة للصلاة فانه يسمى شرطا و علامة).[1]

يستفاد من هذا التعريف أن الشرط هوماتعلق الحكم به ولم يكن مؤثرا فيه بحسب الظاهر , ولم يكن مفضيا اليه ولكن الحكم يتوقف عليه ولايحصل الا بحصوله .

وهذا التعريف فيه من الغموض والتعقيد ماهو ظاهر , وعلى كل حال فهو لايخرج عن التعريف الاصولي , فخلاصة هذا التعريف أن الشرط ما توقف الحكم على وجوده دون ان يكون داخلا في ماهيته , مع عدم لزوم وجود الحكم عند وجوده وهذا نفسه هو التعريف الاصولي .

-تعريف الشرط في القانون المغربي :

عرف المشرع المغربي الشرط بأنه(تعبير عن الإرادة يعلق على أمرمستقبل وغير محقق الوقوع ,إما وجود الالتزام أو زواله).[2]

نخلص مما سلف إلى أن :

-الشرط في اللغة له معاني كثيرة يهمنا منها معنى الالزام والالتزام.

- اختلف علماء الأصول في تعريف الشرط والمختار تعريف القرافي : (مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته).

- تعريف الفقهاء لايبعد كثيرا عن تعريف الأصوليين ان لم نقل أنه نفس تعريفهم.

---

[1] سبيل الفلاح في شرح نور الايضاح , تأليف محيي الدين عبد الحميد ,قدم له ووضع فهارسه محمد محمد بدوي وهبة, دار البيروتي للطباعة والنشر

[2] قانون الالتزامات والعقود ,الفصل107.

-القانون المغربي يعتبر الشرط تعبيرا عن الارادة مع التعليق على أمر غير واقع ينشأ على إثره الالتزام أو يرفع به .

المبحث الثاني: أنواع الشروط والأصل فيها

-المطلب الأول : أنواع الشروط :

من العلماء من قسم الشروط إلى ثلاثة أقسام وهي :

أ- **الشرط الشرعي** : هو ماقرره الشرع من شرائط الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم[1]. وقيل هو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع.[2]

ويتفرع هذا القسم الى : شروط الانعقاد , وشرط النفاذ, وشروط الصحة , وشروط اللزوم.

*مثال شرط الانعقاد : كالعقل فلا ينعقد عقد المجنون ولاالمغمى عليه ولا الصبي الذي لايعقل بالتفاق أهل العلم .[3]

*شرط النفاذ : يشترط في بيع المحجور أن يكون رشيدا فان بيع السفيه والمحجور لاينفذ, وشراؤه موقوف على نظر وليه.[4]

*شرط الصحة : كاشتراط التمييز في عقد البيع.[5]

*شرط اللزوم : وشرط اللزوم التكليف بمعنى الرشد والطوع.[1]

---

[1] قضايا الفقه والفكر المعاصر , وهبة الزحيلي ,ص203,الاعادة الاولى1428ه,2007م, دار الفكر.

[2] الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة مقارنة , محمد بنعبد العزيز بن سعد اليماني, رسالة دكتوراه 1425ه/1426ه,جامعة الملك سعود عمادة الدراسات العليا كلية التربية.ص55.

[3] نفسه

[4] القوانين الفقهية لابن جزي,ص212,د.ط,د.ت,دار الفكر.

[5] الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ,ج2,ص112, ط1, 1425ه,2005م, دار الرشاد الحديثة.

ب–الشرط الجعلي : وهوما شرطه أحدالعاقدين لتحقيق غرض معين, [2] وقيل هوالذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف وارادته,ومثاله : الشروط التي يشترطها الزوج ليقع الطلاق على زوجته[3].

ج–الشرط التقييدي : وهو التزام أمر لم يوجد في العقد ,زائد على أصل مقتضى العقد.[4]

كأن يقول الرجل وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم [5] , وكأن يبيع الشخص لآخر منزلا على أن يسكنه سنة [6] ,أوباع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا[7].

المطلب الثاني : الأصل في الشروط

اختلف العلماء في الأصل في الشروط تبعا لاختلافهم في الشروط المقترنة بالعقود فمنهم الموسع ومنهم المضيق, فأوسع المذاهب في الشرط مذهب أحمد[8] ومالك[9] , ثم مذهب أبي حنيفة [10] والشافعي,[11] وقد لخص ابن تيمية –رحمه الله–مذاهب الفقهاء وخلص إلى أن الأصل في الشروط الإباحة وقد

---

[1] نفسه.

[2] قضاياالفقه والفكر المعاصر,ص203.

[3] أصول الفقه الاسلامي لوهبة الزحيلي ,ج1,ص101,ط1, 1406ه,1986,دار الفكر.

[4] قضاياالفقه والفكر المعاصر,ص203.

[5] **أنظر** الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة مقارنة , محمد بنعبد العزيز بن سعد اليماني, رسالة دكتوراه 1425/1426ه,جامعة الملك سعود عمادة الدراسات العليا كلية التربية.ص55.

[6] أصول الفقه الاسلامي لوهبة الزحيلي ,ج1,ص101,ط1, 1406ه,1986,دار الفكر.

[7] الهداية مع شرح فتح القدير ,ج6,ص76,دار احياء التراث العربي .

[8] **أنظر** دليل الطالب على مذهب الامام أحمد, ص108, ط2, 1389ه,1969م,منشرات المكتب الاسلامي /هداية الراغب لشرح عمدة الطالب , ص476مجلد1, ط1,1418ه,1996م,دار محمد للنشر والتوزيع /منار السبيل في شرح الدليل ,ص313, ط5, 1402ه,1982م,المكتب الاسلامي / بلغة الساغب بغية الراغب , ص180-181,تحقيق بكر أبوزيد, تقديم محمدالحبيب بالخوجة , دار العاصمة للنشر والتوزيع

[9] **أنظر**بداية المجتهد ونهاية المقتصد ,ج2,ص154,د.ط,1427ه,2006م,المكتبة العصرية صيدا بيروت / القوانين الفقهية لابن جزي ,ص223,د.ط,د.ت,دار المعرفة.

الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ,ج2,ص138-139,ط1, 1425ه,2005م, دار الرشاد الحديثة./الكافي في فقه المدينة المالكي , لابن عبدالبر ,ص355-356-357,ط2,1422ه,2002م,دار الكتب العلمية /حاشية الصاوي مع الشرح الصغير,ج3,ص102, المطبعة العصرية , دولة الامارات العربية المتحدة,1410ه,1989م.

المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضتهرسوم المدونةمن الأحكام الشرعيات,ج2ص544,ط1, 1423ه, دار الكتب العلمية.

[10] **أنظر**العناية مع شرح فتح القدير , ج6, ص76, 77, داراحياء الثرات العربي/الهداية مع شرح فتح القدير ,ج6,ص76-83,دار احياء الثرات العربي .

[11] **أنظر** مختصر المزني في فروع الشافعية ,ص123, ط1, 1419ه,1998,دار الكتب العلمية / المهذب بشرحه المجموع ,ج9,ص357,مكتبة الارشاد , جدة / منهاج الطالبين وعمدة المفتين ,ص215, ط1, 1426ه,2005م,دار المنهاج للنشر والتوزيع

ناصره في ذلك تلميذه ابن القيم , قال شيخ الاسلام ابن تيمية : (الذي يمكن ضبطه منها قولان : **أحدها** أن يقال الأصل في العقود والشروط فيها الحظر , إلا ماورد الشرع باجازته , وهوقول أهل الظاهر , وكثير من أصول أبي حنيفة تبنى على هذا , وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد)[1] ثم قال –رحمه الله – (و **القول الثاني** أن الاصل في العقود والشروط الجواز والصحة , ولايحرم منها ويبطل الاما دل الشرع على تحريمه وابطاله نصا أو قياسا)[2]ثم قال –رحمه الله –: (وقد جاء الكتاب و السنة بالأمر بالوفاء باالعهود والشروط, والمواثيق , والعقود , وبأداء الأمانة , ورعاية ذلك , والنهي عن الغدر ونقض العهودوالخيانة والتشديد على من يفعل دلك ...واذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورابه , علم أن الأصل صحة العقود والشروط , إذلا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثر, وحصل به مقصوده , ومقصود العقد هو الوفاء به و ...عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حراما , المسلمون عند شروطهم))[3]قال الترمذي حديث حسن صحيح, وهذا المعنى هو الذي يشهدله الكاتب والسنة , وهو حقيقة المذهب)[4] وقال –رحمه الله –: (وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه, فمقصود الشرط وجوب مالم يكن واجبا ولا حراما بدون الشرط فالشرط يوجبه .)[5]

---

[1] القواعد النورانية الفقهية ,ص264,ط2,رمضان1428ه, دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع.
[2] نفسه , ص269.
[3] سنن الترمذي ,باب ماذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس ,رقم الحديث1356,ص416,ط1, 1422ه,2002م,دار ابن حزم
[4] القواعد النورانية الفقهية ,ص280 وما بعدها ,ط2,رمضان1428ه, دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع.
[5] القواعد النورانية الفقهية ,ص282 وما بعدها ,ط2,رمضان1428ه, دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع.

وقال رحمه الله : (والقياس المستقيم في هذا الباب الذي عليه أحمد وغيره من فقهاء الحديث أن اشتراط الزيادة على مطلق القيد, واشتراط النقص جائز , ما لم يمنع منه شرع)[1]

وقال ابن القيم مؤكدا كلام شيخه : (فصل ما لم يبطله الشارع من الشروط صحيح

الخطأ الرابع لهم : اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة , فاذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه , فأفسدوا بذلك كثيرا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل .وجمهور الفقهاء على خلافه , وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلاما أبطله الشارع أونهى عنه , وهذا القول هو الصحيح , فا ن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم ,ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله , ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله فاعله , كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله , ولاحرام إلاما حرمه الله , ولا دين إلاما شرعه الله , فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر , والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان و التحريم...)[2]

وقد استفاض شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في ذكر الأدلة الشرعية المؤيدة لما ذهبا إليه من أن الأصل في الشروط والعقود الجوازو الاباحة, قال شيخ الاسلام في القواعد النورانية : (...فأما إذا شرط مايقصد بالعقد لم يناف مقصوده , هذا القول هو الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي).[3]

---

[1] أنظر مجموع الفتاوي , ج29,ص126,مطابع الدار العربية ,بيروت 1398ه.وانظر القواعد النورانية الفقهية ,ص306 وما بعدها ,ط2,رمضان 1428ه, دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع.

[2] أعلام الموقعين عن رب العالمين ,ص260, ضبط وتعليق محمد معتصم بالله البغدادي , دار الكتاب العربي .

[3] القواعد النورانية الفقهية ,ص273.

نخلص مماسلف إلى أن:

-الشروط أنواع منها : *الشرط الشرعي : وهو ماكان اشتراطه بحكم الشارع.

*الشرط الجعلي : مايشترطه المكلف بمحض ارادته.

*الشرط التقييدي : التزام أمر لم يوجد في العقد زائد على أصل مقتضى العقد.

-اختلاف الفقهاء في الشروط راجع لاختلافهم في الشروط المقترنةبالعقد فالمضيقون يرون الأصل الحظر , والموسعون يرون الأصل الجواز والاباحة.

-ذهب شيخ الاسلام وتلميذه إلى ترجيح القول بالجواز إلا مادل الدليل على تحريمه.

- الراجح مااختاره شيخ الاسلام لقوة مستنده ,ولوجاهة استدلاله ولحاجة الناس إلى استحداث شروط يحفظون بها حقوقهم فالقول بالحظر يضيق على الناس ويسد عليهم باب التيسير , ويفتح باب التلاعب بحقوق الناس وأموالهم . والله أعلا وأعلم .

المطلب الأول : الجزاء في اللغة

المبحث الثالث : تعريف الجزاء والمقصود بالجزاء عند الاخلال بالشرط

قال أبوالهيثم (الجزاء يكون ثوابا ويكون عقابا) قال الفراء (لايكون جزيته الا في الخير وجازيته في الخير والشر).[1]

وجاء في القاموس المحيط : (الجزاء المكافاة على الشيء .

تجازى دينه وتجازى بدينه تقاضاه .

أجزأ كذا عن كذا قام مقامه ولم يكف .)[2]

---

[1] لسان العرب ,ج14,ص139,ط1,دار صادر بيروت.

[2] القاموس المحيط ,ص1270.

قال الخليل بن أحمد : (جزي ,يجزي أي كافأ با لإحسان وبا لإساءة ... وتجازية ديني تقاضيته).[1]

وجاء في المعجم الوسيط : (جزى الشيء جزاء كفى وأغنى .

جزى فلانا بكذا كافأ , جزى فلانا حقه قضاه .

جازاه أثابه وجازاه عاقبه).[2]

فالجزاء في اللغة هو المكافأة وتكون ثوابا كما تكون عقابا وتكون على الخير كما تكون على الشر .

وقد ورد الجزاء في القرآن بتلك المعاني اللغوية.[3]

المطلب الثاني : المقصود بالجزاء عند الاخلال بالشرط

ورد الجزاء في اللغة لمعنى العقاب كما ورد لمعنى الثواب , والظاهر أن المراد بالجزاء في هذا الموضع إنما هو العقاب دون الثواب , قال الشيخ السالوس :

(والمراد بالجزاء هنا العقاب دون الثواب والشرط الجزائي يعني الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط , والمكافأة على الإخلال بالشرط لاتكون ثوابا).[4]

---

[1] العين مرتبا على حروف المعجم , ج1, ص240, دار الكتب العلمية.

[2] المعجم الوسيط , ص121.

[3] أنظر المعجم الموسوعي لألفاظ القرآن الكريم وقراءته , ص125, ط1, 1423, 2002, مؤسسة سطور المعرفة / المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ,مادة جزي , يجزي , نجزي,ط1423ه/2002م,دار المعرفة

[4] مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ,السنة الثانة عشرة,العدد الرابع عشر, ص70.

نخلص مما سلفإلى أن الجزاء يأتي لمعان أهمها العقاب والثواب , وقد أتى الجزاء في القرآن بهذين المعنيين , والمراد بالجزاء عند الإخلال بالشرط إنما هو العقاب دون الثواب.

المبحث الرابع: تعريف الشرط الجزائي

عرف المعاصرون الشرط الجزائي بتعريفات عديدة منها :

1-فعرفه مجمع الفقه الإسلامي بجدةفي قراره رقم 109 (12/3)الصادر بتاريخ جمادى الآخر 1421هـ : (هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ماالتزم به أو تأخر في تنفيذه)[1]

الملحوظات حول التعريف :

[1] أنظر فقه النوازل دراسة تأ صيلية تطبيقية , محمد بن الحسين الجيزاني , ج3, ص79, ط2, 1427ه, 2006م, دار بن الجوزي / وانظرجريدة السبيل ص9, السنة 6, العدد76, 16جمادى الأولى 1431ه, 1ماي2010.

أ–لم يذكر التعريف هل الشرط الجزائي مقترن بالعقد أم هو منفصل عنه ؟, هل هواتفاق قبل العقد أم بعده؟.

ب– ذكر التعريف حالة التأخر وعدم التنفيذ , ولم يذكر حالة الإخلال مثل التنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي .

2–وعرفه صالح بن عبد الله بن حميد : (الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن من المدين , إذا لم ينفذ ماالتزم به أوتأخر في تنفيذه).[1]

الملحوظات على التعريف :

أ – تخصيصه بالدين مع أنه يدخل غيره من العقود.

ب – جعله الشرط الجزائي يتحمله المدين دون الدائن , مع أنه قد يتحمله الدائن في حال اخلاله بتسليم الدفعات في الوقت المحدد اذا كان الدين على شكل دفعات .

ت–لم يذكر التعريف هل الشرط الجزائي مقترن بالعقد أم هو منفصل عنه ؟, هل هواتفاق قبل العقد أم بعده؟.

ج– ذكر التعريف حالة التأخر وعدم التنفيذ , ولم يذكر حالة الإخلال مثل التنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي .

3–وعرفه الشيخ علي السالوس : (والشرط الجزائي يعني الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط .... وهومن الشروط الوضعية التي يتفق عليها المتعاقدون).[2]

ملحوظات على التعريف :

أ–تعرف الشيء بأجزائه .

---

[1] الجامع في فقه النوازل , ص64, القسم الأول , نشر مكتبة العبيكان , الرياض,السنة1424ه.
[2] مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ,السنة الثانية عشرة,العدد الرابع عشر, ص70.

ب- لم يربط الشرط الجزائي بأي عقد وجعله مجرد الإخلال بالشرط فيكون كل اخلال بالشرط مستحقا لجزاء أي عقاب .

ج- لم يبين محل الشرط الجزائي والجهة الملتزمة به.

د- قوله (يتفق علها المتعاقدون) يوهم حله في كل المعاملات حتى الربوية منها .

4-وعرفه وهبة الزحيلي : (هو اتفاق طرفي الإلتزام سلفا على مقدار التعويض الذي يدفعه المدين عند عدم تنفيد التزامه أو التأخر في تنفيده).[1]

الملحوظات على التعريف :

أ-تخصيصه الشرط الجزائي بالدين رغم شموله لغيره من العقود .

ب- ذكر التعريف حالة التأخر وعدم التنفيذ , ولم يذكر حالة الإخلال مثل التنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي .

ج- قوله(سلفا) يوهم أن الشرط الجزائي يكون سابقا للعقد.

ح- لم يقرنه بحال الضرر.

5-وعرفه الشيخ علي محمد الصوا : (هواتفاق مقترن بعقد أولاحق له يحدد بموجه العاقدان مسبقا مبلغا من المال أو تعويضا تأخيريا لمن اشترط له عند عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه)[2]

ملحوظات على التعريف :

أ-تخصيصه بالدين كما سلف عند الشيخ الزحيلي وغيره .

---

[1] قضايا الفقه والفكر المعاصر ,ص219.

[2] الشرط الجزائي في الديون دراسة مقارنة , بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية , السنة19, العدد58 ,ص230.

ب–قوله (يحدد العاقدان بموجبه مسبقا) مناقض لقوله (مقترن بعقد أو لاحق له)

وهذا يجعل التعريف فيه نوع من الإضطراب .

ج– تردده بين العقوبة المالية والتعويض في قوله (مبلغا من المال أو تعويضا)

ح– لم يقرنه بحال الضرر.

6– وعرفه محمد عثمان شبير : (اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أوفي اتفاق لاحق , بشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر عنه فيه)[1]

الملحوظات على التعريف :

أ – تخصيصه بالدين.

ب – لم يشر إلى حالة التنفيذ المعيب أوالجزئي .

7–وعرفه الحموي : (اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه للدائن في حالة عدم الالتزام أو التأخر في تنفيذه جزاء لما سببه المدين من ضرر لحق بالدائن).[2]

الملحوظات على التعريف **:**

أ– تخصيص الشرط الجزائي بالدين .

ب– جعله التعويض مخصوصا بالمدين دون الدائن .

ج– لم يذكر محل الإتفاق أهو قبل العقد أم أثناءه أم هو لاحق وزائد عن العقد.

---

[1] بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة , ج2, ص855,ط1, 1418ه, 1998م,دار النفائس للنشر والتوزيع.

[2] الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله , ص48, ط1, 1418ه, مطبعة الزرعي , دمشق سوريا .

ح–لم يذكر حالة التنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي .

ويحسب له قوله (من الضرر) فجعل التعويض مرتبطا بالضرر لا بمجرد الإخلال الذي لا ينتج عنه ضرر.

8- وعرفه زكي الدين شعبان :(عبارة عن بند تبعي اتفق عليه المتعاقدان مسبقا مقتضاه التزام كل من المتعاقدين بتعويض مالي محدد عادل عن الضررالناشئ عن الإخلال بالالتزام).[1]

الملاحظات على التعريف :

–عدم ذكره حالة التنفيذ الجزئي , والتنفيذ المعيب.

ويحسب له في هذا التعريف عدم تخصيص الشرط الجزائي بالدين , كما يحسب له تنبيهه الى عدالة التعويض وارتباطه بالضرر لابمجرد الإخلال .

9–قال السنهوري يعرفه : (اتفاق على مقدارالتعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم يقم المدين بالتزامه).[2]

الملحوظات على التعريف :

أ – التخصيص بالدين .

ب – جعله مستحقا من طرف الدائن دون المدين .

ت – لم يذكرمحل الإتفاق أهومقرون بالعقد أم منفصل عنه , سابق عنه أو لاحق .

ث – لم يذكر حالة التنفيذ الجزئي والتنفيذ المعيب.

10–وعرفه أحمد حشمت : (اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في عقدلاحق –بشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالشرط – على مقدار

---

[1] الشرط الجزائي, عبد الله الشهري , ص62, المعهد العالي للقضاء جامعة محمد بن سعود لإسلامية , الرياض , قسم الفقه,1418ه.

[2] الوسيط في شرح القانون المدني , عبدالرزاق السنهوري , ج2,ص795,mr-gado,copyrights 2007-2008.

التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر عنه فيه).[1]

الملحوظات على التعريف :

أ - التخصيص بالدين .

ب - جعله مستحقا للدائن دون المدين.

ت - لم يربطه بحال الضرر.

ث - لم يشر إلى عدالة التعويض .

ج - لم يذكر التنفيذ الجزئي والتنفيذ المعيب.

11-وعرفه جميل شرقاوي :(اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه).[2]

ملحوظات على التعريف :

أ-قوله (اتفاق سابق) يوهم أنه سابق على العقد .

ب-تخصيصه بالدين .

ج- لم يذكر حالة الضرر.

ح-لم يذكر مقدار التعويض وعدالته .

خ-جعله مستحقا للدائن دون المدين .

د-لم يذكرحالة التنفيذ الجزئي والتنفيذ المعيب.

12-وعرفه عادل قربال :(هو شرط يوضع لمعاقبة الطرف المخل في العقد لمصلحة الطرف الملتزم بالعقد كنوع من التعويض).[3]

الملحوظات على التعريف :

أ-لم يوضح الجهة الواضعة للشرط .

---

[1] نظرية الآلتزام في القانون المدني المصري , ص442, مطبعة مصر القاهرة , سنة1945م.

[2] النظرية العامة للالتزام,ص28, دار النهضة العربية , القاهرة ,1976م .

[3] صحيفة القبس الكويتية, الإثنين 22رمضان1429ه, السنة37, العدد12687. ص10.

ب–لم يبين نوع الإخلال .

ت– لم يوضح هل الشرط مقترن بالعقد أم هو بند منفل ولاحقبه.

ج–لم يذكر حالة الضرر .

ح–لم ينبه الى عدلة التعويض.

13–وعرفه خالد العوضي : (هو اتفاق بين الطرفين على التعويض المستحق عند تحقيق المخالفة).[1]

الملاحظات على التعريف :

أ – لم يبين محل هذا الإتفاق .

ب – لم يذكر حالة الضرر.

ت – لم يشر الى عدالة التعويض.

14– وعرفه محمد بن عبدالعزيز اليمني : (التزام زائد يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يستحق عند الإخلال الإختياري المضر بالمشترط).[2]

الملاحظات على التعريف :

أ– لم يذكر هل هو سابق للعقد أم هولاحق له أو هومقترن به .

ب– قوله (التعويض الشرعي) يوهم أنه محدد من طرف الشارع وليس متواضعا عليه مما يجعل التعريف فيه نوع تناقض ونوع اضطراب .

ت– لم يذكر حالة التنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي .

---

[1] نفسه.

[2] الشرط الجزائي في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة , ص66, منشورات جامعةالملك سعود , عمادة الدراسات العليا , كلية التربية , 1425ه.

15-عرفه زهدي يكن بقوله : (هو التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد ويقدرانه بنفسهما عندعدم القيام بتنفيذ الموجب أوعند حصول التأخير في الوفاء).[1]

الملحوظات على التعريف :

-جعله الشرط الجزائي تعويضا والذي نراه صوابا هو أن الشرط الجزائي عقوبة وليست تعويضا كما سلف بيانه في موضعه .

- جعله الشرط الجزائي مشروطا من كلا طرفي العقد والذي نراه أن العقد يشترط من جانب واحد وهو رب العمل لكون اشتراطه من طرف الأجير يعود إلى الربا وهو حرام .

- ويلاحظ أنه لم يخصص الشرط الجزائي بالدين فهو بهذا يشمل كل العقود فيكون التعريف شاملا واسعا لولا ماانتقد عليه سالفا.

16-وعرفه سليمان مرقس بقوله : (اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين- يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود-في حالة اخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي جزاء له على هذا الاخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرربسبب ذلك).[2]

الملحوظات :

-تخصيصه بالدين.

-عدم ذكره لحالة الظروف الطارئة.

-عدم جعله الشرط موافقا لمقتضيات العدل .

-جعله الشرط الجزائي تعويضا وليس عقوبة .

---

[1] شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الاسلامية , ج ,ص135,ط1, منشورات المكتبة العصرية , بيروت , د.ت .

[2] موجز أصول الالتزامات , مطبعة لجنة البيان العربي , القاهرة ,1961م,ص675.

17–وعرفه أنور سلطان بأنه : (اتفاق يقدرفيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه)[1].

الملحوظات :

–تخصيصه بالدين .

–جعله الشرط الجزائي تعويضا .

–لم يذكر حالة التنفيذ المعيب .

– عدم اشتراط موافقته لمتطلبات العدل .

–عدم تنبيهه إلى أن الشرط الجزائي يمكن عقده والاتفاق عليه بعد العقد قبل وقوع الضرر.

18–عرفه جواد محمود أحمد بحربأنه : (اتفاق إضافي يتبع العقد يلتزم بموجبه كل من طرفيه بالتعويض المقدر عما أخل به نحو صاحبه دون ظرف قاهر).[2]

الملحوظات :

–جعله الشرط الجزائي تعويضا .

– جعله مطلوبا مشروطا من كلا الطرفين .

– لم يذكر حالة التنفيذ المعيب .

الخلاصة :

يتلخص مماسلف ذكره أشياء يمكن إجمالها كالآتي :

1–أغلب التعاريف قرنت الشرط الجزائي بالدين .

---

[1] النظرية العامة للالتزام , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية 1997, ص172.

[2] نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون , ص140, جامعة الخليل , كليةالدراسات العليا , قسم القضاء الشرعي 2009/04/21م.

2- تردد التعاريف بين كون الشرط الجزائي عقوبة أوتعويضا والظاهر أنه عقوبة تماشيا مع المعنى اللغوي إذ ليس من معانيه اللغوية التعويض .

3- يستخلص من التعريفات السالفة أن الشرط الجزائي يتميز بالخصيصات الآتية :

أ- شرط زائد ليس من ماهية العقد بذاته .

ب-شرط ملزم .

ت- شرط متواضع عليه بين المتعاقدين وليس من وضع الشرع ولا من وضع القانون.

ج- قد يكون أثناء العقد أوبعده قبل الإخلال أو المخالفة .

ح- لا يستحق الا عندالضرر كقوبة لمن سبب الضرر .

خ- أن يكون الإخلال اختياريا .

د- استحقاقه من كلا طرفي العقد .

ذ- أن يكون عادلا .

من خلال هذا يمكن أن أقول أن الشرط الجزائي هو(شرط زائد مكمل لمقتضيات العقد , متفق عليه بين المتعاقدين ويكون مقترنا بالعقد أو لاحقاله كعقوبة للذي لايفي بالتزاماته عن اختيار ملحقا الضررباللذي تعاقد معه غير خارج عن مقتضيات العدل) .

المبحث الخامس : التخريج الفقهي للشرط الجزائي

اختلف العلماء في التكييف الفقهي للشرط الجزائي فمنهم من جعله قرينا للعربون بقرينة كونه توثقة للعقود , ومنهم من جعله من باب الكفالة والضمان حيث يضمن الأجير لرب العمل استيفاء عمله وأداء دينه عن طريق الشرط الجزائي المشروط من طرف رب العمل , ومنهم من جعله من قبيل الرهن الذي يحوزه صاحب الحق لضمان حقه والجامع بين هذه التكييفات كلها هي التوثقة وضمان الوفاء وعدم الاخلال بالالتزام , ولكن هل الشرط الجزائي كفالة أورهن أو عربون أو أنه معاملة مستقلة بذاتها ؟ وماهي أوجه التشابه وأجه الاختلاف بينها وبين الشرط الجزائي ؟

المطلب الاول الشرط الجزائي والعربون

1– تعريف العربون :

أ– في اللغة : قال الرازي في مختار الصحاح(العربون بوزن العرجون والعربون بفتحتين والعربان بوزن القربان الذي تسميه العامة الأربون يقال عربنه اذا أعطاه ذلك.)[1]

قال في القاموس المحيط : (العرب بالضم وبالتحريك خلاف العجم ...والإعراب ا لإبانة والافصاح عن الشيء ...والعربون محركة , وتبدل عينه همزة ما عقد به المبايعة من الثمن).[2]

جاء في كتاب العين : (أعرب الرجل أفصح القوم و الكلام , وهو عرباني اللسان أي فصيح ... والعرب : النشاط والأرن).[3]

---

[1] مختار الصحاح, مادة (ع ر ب ن),ص204.
[2] القاموس المحيط , ص114.
[3] العين مرتبا على حروف المعجم , ج3,ص123.

قال الأصبهاني : (... قيل معناه التبيين وا لإيضاح ... وقيل التعريب : المنع والإنكار , وقيل الفحش والتقبيح , من عرب الجرح إذا فسد , ومنه الحديث : أن رجلا أتاه فقال : إن ابن أخي عرب بطنه , أيفسد , فقال : اسقه عسلا .ومن الأول حديث السقيفة : (أعربهم احسانا)أي أبينهم وأوضحهم ...).[1]

جاء في المعجم الوسيط : (عرب , عروبا , وعرابة , وعروبية : فصح , ويقال عرب لسانه .

أعرب الكلام : بينه , ... وأعرب عن حاجته : ابان , وأعرب في البيع : أعطى العربون).[2]

العربون في اللغة يأتي لمعان أهما البيان وا لإفصاح والذي يهمنا من معانيه مايعقدعليه البيع من الثمن .

ب-العربون في الاصطلاح :

عرفه ا لإمام مالك بقوله : (وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشتري العبد أوالوليدة , أو يتكارى الدابة , ثم يقول للذي اشترى منه , أوتكارى منه : أعطيك دينارا , أودرهما ,أوأكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة , أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة , أو من كراء الدابة , و إن تركت ابتياع السلعة , أوكراء الدابة ,فما أعطيتك لك باطل بغير شيء.)[3]

قال الشوكاني : (وبمثل ذلك فسره عبدالرزاق عن زيد بن أسلم , والمراد أنه إذا لم يختر السلعة أو اكترى الدابة كان الدينار أونحوه للمالك بغير شيء , وإن اختار هماأعطاه بقية القيمة أو الكراء).[4]

---

[1] النهاية في غريب الحديث والأثر , ص601.

[2] المعجم الوسيط, ص591.

[3] الموطأ,ص532,كتاب البيوع ,باب ماجاء في بيع العربان ,ط3, 1420ه/1999م,دار النفائس.

[4] نيل الأوطارمن أسرا منتقى الأخبار ,ص1035,ط1, 1421ه, 2000م,دار ابن حزم .

قال ابن رشد الحفيد : (وصورته أن يشتري الرجل شيئا فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة , وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن عندالبائع ولم يطالبه به).[1]

تعريف العربون في القانون :

قال عبد الرزاق السنهوري : (هو ثمن الحق في العدول عن عقد شراء أو إجارة يجري الإتفاق بين طرفيه على تعيين هذا الثمن ليحق له العدول عن الإلتزام بذلك العقد).[2]

العربون في القانون المغربي :

عرفه قانون الالتزمات والعقود بأنه : (هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده).[3]

2-حكمه :

قال الصنعاني : (واختلف العلماء في جوازهذا البيع فأبطله مالك والشافعي لهذا النهي ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر ودخوله في أكل المال بالباطل وروي عن عمر وابنه وأحمد جوازه).[4]

قال ابن رشد : (فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز وحكي عن قوم من التابعين أنهم أجازوه , منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحارث وزيد بن اسلم ...., و إنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض , وكان زيد يقول : (أجازه رسول الله

---

[1] بداية المجتهد ونهاية المقتصد , ج2,ص156.
[2] الوسيط في شرح القانون المدني ,ج4,ص86.
[3] قانون الالتزامات والعقود ,الفصل288.
[4] سبل السلام , ج3, ص24.

صلى الله عليه وسلم), وقا أهل الحديث : ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.)[1]

قال ابن جزي : (بيع العربان وهو ممنوع ان كان على أن لايرد البائع العربان الى المشتري اذا لم يتم البيع بينهما فان كان على أن يرده اليه اذا لم يتم البيع فهو جائز).[2]

قال السيد سابق : (وقد ذهب جمهورالعلماء الى عدم صحة هذا البيع لما رواه بن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان [3] ,وضعف الإمام أحمد هذا الحديث وأجاز بيع العربون...)[4]

والذي تطمئن اليه النفس وتميل اليه في هذا الموضع القول بقول الجمهور لأن المسألة يتجاذبها طرفا الحل والحرمة , والأحوط الأخذ بالتحريم والمنع والله تعالى أعلم .

3-أوجه التشابه بين العربون والشرط الجزائي

يشابه العربون الشرط الجزائي في أوجه أوضحها مايأتي :

أ-كلا منهما إلتزام .

ب-كلاهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب وحث المتعاقدين على التنفيذ.

ج-كلاهما يتضمن تقديرا لمبلغ يدفع عند الإخلال بالعقد وعندالعدول عنه .[5]

4-أوجه الإختلاف بين الشرط الجزائي والعربون

بين الشرط الجزائي والعربون فروق ظاهرة أهمهامايأتي :

---

[1] بداية المجتهد, ج2, ص156.

[2] القوانين الفقهية , ص222.

[3] أخرجه مالك في المتطأ, كتاب البيوع , باب ماجاء في بيع العربان , والامام احمد في المسند,ج3 , الحديث رقم6894 , وأبو داودفي كاتب البيوع , باب في العربان , وابن ماجه في كتاب التجارات , باب بيع العربان الحديث رقم2192, وقد ضعفه أحمد , والشوكاني وقال أنه منقطع ..

[4] فقه السنة , ص826,ط1, 1423ه/2002م, دار الذخائر .

[5] الشرط الجزائي في العقودالمعاصرة ,ص149

الشرط الجزائي	العربون
1-عقوبة للاخلال بالعقد.	1-مقابل للعدول عن العقد.
2-دفعه مشروط بالضرر.	2-دفعه غير مشروط بتحققالضرر.
3- الملتزم بالشرط الجزائي عليه تنفيذ العقد	3-دافع العربون بالخيار في تنفيذ العقد.
4-لاعلاقة له بالثمن أو الأجرة بل هوعقوبة عندتحقق الضرر.	4-العربون جزء من الثمن .
5-يكون قبل العقد وبعده قبل حصول الضرر	5-العربون يتفق عليه وقت العقد.
6-يكون متأخرا حتى حصول الشرط أو الضرر.	6-العربون يقبض عند إبرام العقد .
7-الشرطالجزائي مرتبط بالتأخيروالعيب .	7-العربون غير مرتبط بالتأخير أو العيب.
8-تحقق الشرطالجزائي لا يؤدي بالضرورة الى فسخ العقد [1]	8-العدول بموجب العربون يؤدي الى فسخ العقد .

ح - الترجيح :

يتبن من خلال هذه الفروق أن تكييف الشرط الجزائي على العربون غير سليم , اضافة الى أن العربون مختلف فيه مما يجعل حمل الشرط الجزائي على العربون أمرا خلافيا أيضا , والذي تطمئن اليه النفس أن الشرط الجزائي ليس بعربون البتة .

[1] نفسه ,ص150.

المطلب الثاني الشرط الجزائي والكفالة

1- تعريف الكفالة

أ-في اللغة :

الكفل الضعف قال الله تعالى ﴿ يؤتكم كفلين من رحمته ﴾وقيل انه النصيب ...والكفل أيضا ماكتفل به الراكب وهو أن يدار الكساء حول سنام البيعر ثم يركب ...والكفيل الضامن و قد كفل به يكفل بالضم [1]

أ - الكفالة في الإصطلاح :

جاء في المعجم الإقتصادي الإسلامي قوله : (الكفالة ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطابقة).[2]

*تعريف الكفالة عند الحنفية : قيل (ضم الذمة الى الذمة في المطالبة)وقيل (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين).[3]

*عند المالكية : (شغل ذمة أخرى بالحق)وقيل (التزام مكلف ديناعلى غيره أو طلبه من عليه لمن هو له بما يدل عليه).[4]

*عند الشافعية (عقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير أو احضار من هو عليه , أو عين مضمونة)وقيل (التزام حق ثابث في ذمة الغير).[5]

*عند الحنابلة : (ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما).[6]

---

[1] مختار الصحاح

[2] **المعجم الاقتصادي الاسلامي , ص386.**

[3] **فتح القدير , ج6ص283.**

[4] **الشرح الكبير , ج3ص329/مواهب الجليل ج3ص223/ الشرح الصغير ج4ص430/آثار الكفالة لماجد أبورخية (بحوث فقهية معاصرة ,ج1ص419).**

[5] **الشرقاوي على التحرير , ج2ص117/مغنى المحتاج ,ج2ص188/أحكام الكفالة , د.محمد جبر الألفي , مجلة مجمع الفقه لإسلامي , عدد7ص61**

[6] **المغني والشرح الكبير, ج5ص70.**

* عند الظاهرية , قال ابن حزم : (نقل الدين من ذمة المدين الى ذمة الكفيل).[1]

***تعريف الكفالة في القانون المغربي :**

عرفت مدونة الإلتزامات والعقود في الفصل 1117 الكفالة بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه).[2]

*خصائص الكفالة في القانون :

قال محيي الدين اسماعيل : (ويخلص من هذه التعريفات أن للكفالة خصائص أهمها :

1-الكفالة عقد بين الكفيل والدائن , والمدين ليس طرفا فيه ...

2-الكفالة عقد رضائي لم يشترط القانون فيه شكلا معينا

3-الكفالة عقد تابع يرتبط بحق شخصي يضمنه ويلقى مايلقاه من مصير.

4-الكفالة عقد تبرعي لأن الكفيل عادة ما يقدم كفالته تبرعا يتبرع به للمدين أما الدائن فلا تعتبر الكفالة بالنسبة إليه تبرعية بل معاوضة لأنه قدمالدين مقابل حصوله على الكفالة.)[3]

2-حكمها في الفقه الإسلامي :

هي مشروعة , وربما كانت مندوبة , إذا كان القائم بها واثقا بنفسه , ويأمن أن لاينالهُ الضرر بسببها .[4]

*أدلة مشروعيتها :

أ-القرآن الكريم : قال الله تعالى على لسان يوسف عليه السلام﴿ **ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم**﴾[1]

---

[1] **المحلى ,ج8ص111.**

[2] **قانون الإلتزامات والعقود , ص230, ط1, 2004/2003, المكتبة المحمدية البيضاء,**

[3] أصول القانون المدني , الجزء2 ,ص401, 402,مطبعة الساحل , الرباط.

[4] المعين في فقه السنة والكتاب , ص340.

قال ابن عطية ({الزعيم } الضامن في كلام العرب ,ويسمى الرئيس زعيما لأنه يتضمن حوائج الناس).[2]

قال ابن كثير ({أنا به زعيم}وهذا من باب الضمان والكفالة).[3]

قال ابن الجوزي : ({أنابه زعيم } أي كفيل لمن رده).[4]

قال البغوي : ({وأنا به زعيم } كفيل)[5]

ب-السنة النبوية الشريفة :

*أخرج الترمذي عن أبي أمامة الباهلي قال : (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في الخطبة عام حجةالوداع : (العارية مؤداة , والزعيم غارم , والدين مقضي)...قال الترمذي : (وحديث أبي أمامة حديث حسن ...).[6]

*وأخرج البخاري في صحيحه عن سلمةبن الأكوع رضي الله عنه قال : كنا جلوسا عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ أتي بجنازة , فقالوا صل عليها , فقال ((هل عليه دين ؟)) قالوا : لا, قال ((فهل ترك شيئا))قالوا : لا, فصلى عليه , ثم أتي بجنازة أخرى , فقالوا : يارسول الله صل عليها , قال((هل عليه دين ؟)) قيل : نعم , قال((فهل ترك شيئا)) ,قالوا : ثلاثة دنانير , فصلى عليها, ثم أتي بالثالثة , فقالوا : صل عليها , قال ((هل ترك شيئا)) قالوا : لا , فقال ((فهل عليه دين ؟)) قالوا : ثلاثة دنانير , قال((صلوا على صاحبكم)), قال أبوقتادة , صل عليه يارسول الله وعلي دينه , فصلى عليه .[7]

---

[1]يوسف , الآية 72.
[2] المحرر الوجيز, ص1008
[3] تفسير القرآن العظيم ,ج2,ص467.
[4] زادالمسير في علم التفسير , ص709.
[5] معالم التنزيل ,ص655.
[6] **سنن الترمذي , كتاب البيوع, باب ماجاء في أن العارية مؤداة , الحديث رقم1268,**
[7] **صحيح البخاري , كتاب الحوالات , باب إن حال دين الميت على رجل جاز , الحديث رقم2289.**

ج-الإجماع :

قال الدكتور الزحيلي : (وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة لحاجة الناس اليها ودفع الضرر عن المدين).[1]

3-أنواعها :

الكفالة نوعان :

أ-**الكفالة بالدين** أن يتكفل بدين ثبت في ذمة انسان , يلزم الكفيل أداءه اذا لم يؤده من هوعليه في أجله , كما تسمى الضمان .

ب-**الكفالة بالنفس** أن يتكفل باحضار من لزمه حق من دين أوغيره كقصاص مثلا , أن يتكفل بأداء الدين .[2]

4-أوجه الشبه بين الكفالة والشرط الجزائي

ان كان بينهما من شبه فلن يخرج عن نقطتين اثنتين وهما :

أ-يؤكدان العقد ويعززان الثقة في الإلتزام .

ب-يأتيان تبعا للعقد .

5-أوجه الإختلاف بين الكفالة والشرط الجزائي

أوجه الإختلاف ظاهرة وبارزة جدا بين الكفالة والشرط الجزائي اظهرها مايأتي :

الكفالة	الشرط الجزائي
1-ليست تعويضا عن الضرر. **2-التزام من طرف آخر يضم ذمته الى ذمة المدين .**	**1-تعويض عن الضرر.** **2-التزام من أحدالعاقدين .** **3-الدائن لايحق المطالبة به إلا في حالة تعذر الإلتزام الأصلي .** **4-الشرطالجزائي التزام مالي في**

[1] الفقه الإسلامي وادلته,ج5,ص130.
[2] المعين في فقه السنة , ص341.

3-الدائن مخير في مطالبة المدين أو الكفيل بالمال	الجملة .[1]
4-كفالة البدن ليس فيها التزام مالي	

المطلب الثالث الشرط الجزائي والرهن

6-الترجيح

من خلال تلك الفروق يتبين أنه لامجال لقياس الشرط الجزائي على الكفالة , ولاتكييفه على وفقها , فهما معاملتان مختلفتان كل الإختلاف لاشك في ذلك.

-تعريف الرهن لغة :

رهن الشيء رهنا وهونا : ثبث ودام , ويقال رهن بالمكان : أقام فيه , ورهن الرجل والدابة رهونا : هزل وأعيا ,ورهن الشيء رهنا : أثبته وأدامه , ورهن فلانا وعند فلان الشيء : حبسه عنده بدين , ويقال رهنته لساني : كففته وحبسته , فهو مرهون ورهين , أرهن في السلعة وبها : غالى بها وبذل

[1] الشرط الجزائي في العقود المعاصرة ,ص144.

فيها ماله حتى أدركها ... ويقال أرهن القبر : ضمنه اياه .,راهنه على كذا مراهنة , ورهانا : خاطره وسابقه .[1]

2-الرهن في الإصطلاح :

للفقهاء في تعريف الرهن تعاريف عديدة منها :

أ- تعريف الرهن عند الحنفية : (حبس شيء مالي يمكن استيفاؤه كالدين).[2]

ب-**تعريف الرهن عند المالكية :** (الرهن بذل من له البيع مايباع أو غررا ولو اشترط في العقد وثيقة بحق).[3]

وجاء في التلقين : (احتباس العين وثيقةبالحق ليستوفى الحق من ثمنه أوثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم مفردة كانت أومشاعة).[4]

وقال الدردير في تعريف الرهن : (الرهن متمول أخذ توثقا به في دين لازم أو صائر الى اللزوم).[5]

قال ابن عبدالبر : (معنى الرهن أن يكون الشيء وثيقة من دين صاحب الدين يعود بدينه فيه ان لم يكن الراهن يفديه).[6]

ت- الرهن عند الشافعية :

(جعل عين ممولة وثيقة يستوفى منها عندتعذر وفائه).[7]

قال الحافظ ابن حجر : (وفي الشرع : جعل مال وثيقة على دين).[8]

---

[1] المعجم الوسيط , ص378/ أنظرلسان العرب , ج13,ص188/ أنظر القاموس المحيط , ص1202/ أنظرالعين ,ج2, 158.

[2] الهداية للمرغناني , ج4, ص126/تكملة فتح القدير ,ج10, ص136./ بدائع الصنائع ,ج6,ص135.

[3] مختصر خليل ,ص220/الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيدالقيرواني ,ج2,ص259./حاشية الدسوقي , ج3, ص231.

[4] التلقين في الفقه المالكي ,ج2, ص415./ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ,ج3,ص409.

[5] أقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك , ص100.

[6] الكافي في فقه أهل المدينة المالكي , ص410.

[7] نهاية المحتاج للرملي , ج4, ص229./تكملة المجموع ,ج 13, ص177.

[8] فتح الباري بشرح صحيح البخاري ,ج2,ص1270./نيل الأوطار , ص1090.

ث- تعريف الرهن عند الحنابلة : (هو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذراستفاؤه ممن هوعليه).[1]

قال الشيخ عثمان النجدي : (توثقة دين بعين يمكن استفاؤه منها أومن ثمنها).[2]

خ-تعريف الرهن في القانون المغربي :

عرف قانون ا لإلتزامات والعقود الرهن الحيازي حيث جاء في الفصل 1170قول المشرع المغربي : (الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا , لضمان ا لإلتزام, وهو يمنح الدائن حق استفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين.)[3]

*يلاحظ على هذه التعريفات جميعها أنها تجعل الرهن توثقة للعقد بين الدائن والمدين , فالرهن ضمانة في يد الدائن يستوفي من خلالها حقه وقد ذهب الشيخ إبراهيم بن ناصر الحمود إلى اختيار تعريف المالكية ووصفه بأنه أوسع التعريفات ,وأنه تعريف شامل , قال : (بالنظرفي التعريفات السابقة يتبين أن تعريف المالكية أشمل وأوسع حيث جعلوه ممولا يؤخذ من مالكه توثقة بدين لازم أومآله إلى اللزوم سواء كان عينا كالعقار والسلع أو منفعة معينة بزمن أوعمل ...فهذا التعريف الذي ذكره المالكية فيه توسعة لدائرة الرهن ...)[4]

3-حكم الرهن : الرهن جائز بالكتاب والسنة والإجماع :

أ-الكتاب :

---

[1] المغني لابن قدامة , ج6,ص443./كشاف القناع , ج3, ص307.

[2] هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ,ج2, ص517.

[3]قانون الإلتزامات والعقود ,ص240.

[4] الشيخ ابراهيم بن ناصر الحمود,انتفاع الراهن بالرهن وأثره , منشور ضمن مجلة العدل ,العدد8, السنة 3, 1421ه,ص6

قال الله تعالى : ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة﴾[1]

***قال القرطبي** :(فيه أربع وعشرون مسألة : –

الأولى : – لما ذكر الله تعالى الندب إلى الإشهاد والكتب لمصلحة حفظ الأموال والأديان ، عقب ذلك بذكر حال الأعذار المانعة من الكتب ، وجعل لها الرهن ، ونص من أحوال العذر على السفر الذي هو غالب الأعذار ، لا سيما في ذلك الوقت لكثرة الغزو ، ويدخل في ذلك بالمعنى كل عذر. فرب وقت يتعذر فيه الكاتب في الحضر كأوقات أشغال الناس وبالليل ، وأيضا فالخوف على خراب ذمة الغريم عذر يوجب طلب الرهن.... الثانية : – قال جمهور من العلماء : الرهن في السفر بنص التنزيل ، وفي الحضر ثابت بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهذا صحيح.)[2]

* **قال ابن العربي** : (اختلف الناس في هذه الآية على قولين : فمنهم من حملها على ظاهرها ولم يجوز الرهن إلا في السفر , قاله مجاهد .
وكافة العلماء على رد ذلك لأن الكلام وإن خرج مخرج الشرط , فالمراد غالب الأحوال ,والدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع في الحضر ورهن ولم يكتب, وهذا الفقه صحيح وذلك لأن الكاتب إنما يعدم في السفر غالبا , فأما في الحضر فلا يكون ذلك بحال ...)[3]

ب- السنة :

---

[1] [البقرة283].

[2] **الجامع لأحكام القرآن ,ج3,ص406.**

[3] **أحكام القرآن , القسم الأول ,ص282, دار الكتب العلمية , بيروت لبنان .**

* ثبت في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي إلى أجل , ورهنه درعا من حديد .[1]

*** ثبت في البخاري عن أنس رضي الله عنه قال : ...ولقد رهن النبي صلى الله عليه وسلم درعا له بالمدينة عند يهودي ...)[2]**

* وثبت في البخاري أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : (الظهريركب بنفقته إذا كان مرهونا , ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا , وعلى الذي يركب ويشرب النفقة).[3]

ج -الإجماع :

أجمع العلماء على أن الرهن في السفر والحضر جائز , وانفرد مجاهد وقال لايجوز في الحضر .[4]

4-أوجه التشابه بين الشرط الجزائي والرهن :

أوجه التشابه بين الشرط الجزائي والرهن هي نفسها أوجه التشابه بينه وبين الوكالة وهي تأكيدهما لموجب العقد وكونهما غير مستقلين عن العقد.[5]

---

[1] صحيح البخاري , كتاب البيوع, باب شراء النبي صلى الله ٍعليه وسلم بالنسيئة , حديث رقم 2068./صحيح مسلم , كتاب المساقات , باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر , رقم الحديث 1603.

[2] صحيح البخاري , كتاب البيوع, باب شراء النبي صلى الله عليه وسلم بالنسيئة, رقم الحديث 2069.

[3] صحيح البخاري , كتاب الرهن , باب الرهن مركوب ومحلوب , رقم الحديث 2512/

[4] الإجماع لابن المنذر,ص138 , تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف عجمان , مكتبة الفرقان , ط2, 1999م.

[5] الشرط الجزائي في العقودالمعاصرة ,ص145

5-أوجه الإختلاف :

الشرط الجزائي	**الرهن**
1-تعويض عن الضرر. 2- في الغالب هو مبلغ مقدر سلفا. **3**-الشرط الجزائي ليس مقبوضا .	**1**-وثيقة لاستفاء الدين . **2**-الرهن عين يستوفى منها الدين **3**-الرهن عين معلومة مقبوضة .[1]

6-الخلاصة :

يتلخص مما سلف أن الشرط الجزائي يشبه العربون والكفالة والرهن في بعض النواحي غير أنه يفارقها في نواحي أخر , وأوجه الفرق أوضح وأكثر من أوجه الإتفاق مما يقتضي القول بأن الشرط الجزائي معاملة مستقلة لايمكن تكييفها بحال من الأحوال على المعاملات الأخرى .

---

[1] **المرجع السابق , ص146.**

المبحث السادس شروط استحقاق الشرط الجزائي وأغراضه

المطلب الأول شروط استحقاق الشرط الجزائي

من شروط استحقاق الشرط الجزائي ما يلي:

1. وجود خطأ من المدين، فإن لم يكن هناك خطأ فلا يكون التعويض مستحقاً.
2. أن يلحق الدائنَ ضررٌ، فإن لم يصب الدائنَ ضررٌ فلا يستحق التعويض.
3. أن يكون الضرر الذي أصاب الدائنَ ناتجاً عن خطأ من المدين (العلاقة السببية بين الخطأ والضرر) فإن كان الضرر ناتجاً عن سبب أجنبي عن المدين (انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر) فلا يستحق الدائن التعويض.

وهنا يشار إلى أن من خصائص الشرط الجزائي جواز تعديله بالتخفيض إذا تبين أن تقديره كان مبالغاً فيه، أو زيادته إذا تبين أنه كان أقل من الضرر(1).

4-أن يتم إعذار المدين وإخطاره بتنفيذ الإلتزام وإلا وقع عليه الشرط الجزائي.[2]

يلاحظ على هذه الشروط الموضوعة لاستحقاق الشرط الجزائي ارتباطها بالدين والمدين ولكن في عقد المقاولة لايعد المقاول مدينا لرب العمل لأن

---

(1)الوسيط (2/868) و(ج 2/ ص877)، والشرط الجزائي للضرير (ص 53 _54).

[2] بحوث فقهية معاصرة , ج2,ص859.

رب العمل يستوفيه ماله ولكن رب العمل هو الذي يطالب المقاول بأداء الشرط الجزائي وعليه يظهر لي أن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي :

-وجود اتفاق على أداء الشرط الجزائي إذ لا أداء بدون التفاق واشتراط مسبق .

- وجود خطأ من المقاول .

-وجود ضرر حقيقي لحق رب العمل ناتج عن اخلال المقاول بالالتزامات الموكولة له .

شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون لمغربي :

رغم أن المشرع المغربي خص بابا كاملا ضمن قانون الالتزامات والعقود للشرط غير أنه لم ينص صراحة عن شروط استحقاق الشرط الجزائي ويمكن استنباطها من القواعد العامة للشروط حيث نجد في الفصل 120قول المشرع المغربي : (وإذا هلك الشيء هلاكا تاما بخطأ المدين كان للدائن الحق في التعويض ...)

يتبين من هذا الفصل أن شرط استحقاق التعويض راجع إلى وجود خطأو إلى وجود ضرر وهو المفهوم من قوله (اذا هلك الشيء هلاكا تاما).

ونجد المشرع المغربي في المرسوم 2-99-1087المتعلق بدفتر الشروط الاداري العامة ينص على غرامة التأخير وهي مرادفة للشرط الجزائي بمجرد التأخر في إنجاز وتنفيذ الأشغال من طرف المقاول جاء في المادة 60 قول المشرع المغربي : (تطبق غرامة تأخير يومية في حق المقاول في حال معاينة تأخير في تنفيذ الأشغال , سواء تعلق الأمر بمجموع الصفقة أو بشطر منها سبق وحدد له أجل جزئي للتنفيذ أو تاريخ أقصى).

يتلخص من هذا أن شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون المغربي هي :

-وجود خطأ .

-وجود ضرر .

ولابد هنا من معرفة مفهوم الخطأ والتعرف على معنى الضرر والعلاقة بينهما ولهذا سأخصص لكل واحد منها فرعا كالآتي :

الفرع الأول : الخطأ

عرف قانون الالتزامات والعقود الخطأ في المادة 98 بأنه : (...هو ماكان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الامساك عنه , وذلك من غير قصد لاحداث ضرر)

قال الدكتور المختار بن محمد عطار : (والخطأ نوع من السلوك الإنساني ومن تم كان من الصعب وضع ضابط له , ذلك أن من السلوك الإنساني مايعتبر ومنه ماينأى عن الخطأ....بل سنكتفي بالقول بأن الخطأ هو نوع من الإنحراف في السلوك المألوف للشخص العادي .)[1]

والخطأ يقوم على ركنين هما الركن المادي والمتجسد في التعدي , والركن الثاني هوالركن المعنوي والمبني على الادراك والتمييز .

يقول المختار بن محمد عطار في الركن الأول : (إن الخطأ في صورته المادية هو إخلال بالتزام قانوني وهذا الالتزام إما أن ينص عليه القانون واما أن يكون من قبيل الالتزامات العامة التي تفرض على الانسان احترام حقوق الغير والامتناع عن المساس بها)[2].

وفي الركن الثاني يقول مقدم سعيد : (يتعين أن يتوفر الى جانب الركن المادي في الخطأ الركن المعنوي وهو أن يكون من أتى الفعل المساءل عليه مدركا لما قام به , وإلا ماقامت المسؤولية . فالصغير الذي لم يبلغ

[1] النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي ,ص389,ط1, 1432ه-2011م,مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء .
[2] نفسه

سن التمييز والمجنون وفاقد العقل يعتبر عديم أهلية الأداء ومن تم لايسأل لأنه لايمكن أن ينسب اليه الخطأ لأنه غير مدرك لفعله).[1]

الفرع الثاني	الضرر

إن كان المشرع المغربي قد عرف الخطأ فإنه لم يعرف الضرر وترك المجال لفقهاء القانون لتعريفه وقد قسم فقهاء القانون الضرر الى قسمين هما :

1-الضرر المادي وعرف بأنه : (اخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية ويجب أن يكون هذا الاخلال محققا ولايكفي أن يكون محتملا يقع أو لايقع).

2-الضرر الأدبي : (وهو الضرر الذي لايصيب الشخص في ماله).

والضر الأدبي أو المعنوي هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو شرفه أو عاطفته أو الاعتداء على حق ثابت له .[2]

ولقد أخذ المشرع المغربي بقاعدة جواز التعويض عن الضرر الأدبي والمعنوي وذلك في الفصلين 77و78من قانون الالتزامات والعقود , جاء في الفصل 77 : (كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر , إذا تبث أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر).

ونص الفصل78على أن (كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه , لابفعله فقط ولكن بخطأه أيضا , ذلك عندما يثبت أن

---

[1] التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة ,ص70, ط1, 1985م, دار الحداثة للطباعة والنشر , لبنان .

[2] أنظر الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري , ج1 , ص714 , الفقرة571, وص722ومابعدها .

هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر).

الفرع الثالث العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

يرى فقهاء القانون أن السببية ركن مستقل في المسؤولية التقصيرية ولابد من توفرها ليستحق المتضرر التعويض , فا ِذا ماكان هناك خطأولم ينتج عنه ضرر فلا تعويض , وإن كان هناك ضرر بغير خطأ مقصود ومباشر فلا تعويض كذلك فلا بد من ارتباط الخطأ بالضرر بواسطة علاقة مباشرة وهذه العلاقة هي السببية , يقول عبد الرزاق السنهوري : (السببية ركن مستقل , علاقة السببية مابين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة مابين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية وهي ركن مستقل عن ركن الخطأ).[1]

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تتحدد عند قيام العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول عن الضرر والضرر الذي أصاب المضرورو إلى هذا أشار القانون المغربي في الفصلين 77و88من قانون العقود والالتزامات , جاء في الفصل 77 : (كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر , **إذا تبث أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر** وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر).

---

[1] الوسيط ,ج2ص732, الفقرة 581.

وجاء في الفصل88قوله : (كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته ,**إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر** , وذلك مالم يثبت : 1–أنه فعل ماكان ضروريا لمنع الضرر .

2–وأن الضرر يرجع إما لحادث فجائي أو لقوة قاهرة , أو خطأ المتضرر .)

ومن الفصل 88السالف ذكره يتبين أن الخطأ الناتج عن الحادث الفجائي أو القوة القاهرة لاتترتب عليه المسؤولية , وقد ذهب بعض الفقهاء إلى الفصل بين القوة القاهرة والحادث الفجائي في حين اعتبرها السنهوري شيئا واحدا , ونفس الشيء جرى عليه القانون المغربي حيث لم يميز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي , يقول المختار بن أحمد عطار : (يرى بعض الفقهاء أن القوة القاهرة والحادث الفجائي شيئان يختلفان وأن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه . أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لايمكن توقعه . ويكفي في نظرهم أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع . ولايلزم اجتماع الخاصيتين . ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد .

والمشرع المغربي ... لم يميز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي واعتبرها على حد سواء من حيث عدم ترتب المسؤولية إذورد في الفقرة الأولى من الفصل 95 على أنه : (لامحل للمسؤولية المدنية ... إذا كان الضرر قد نتج عن حادث فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى ..)[1]

واشترط في كون الحادث فجائيا أو قوة قاهرة توفر ثلاثة شروط :

1 – عدم إمكانية التوقع .

[1] النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي ,ص421,ط1, 1432ه-2011م,مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء .

2 – استحالة الدفع .

3 – أن لايكون هناك خطأمن جانب المدعى عليه .[1]

وإذا اشترك خطأ المدعي مع القوة القاهرة والحادث الفجائي كان المدعى عليه مسؤولا مسؤولية كاملة لأن خطأه هوالذي يعد سببا في وقوع الضرر .[2]

نخلص من هذا كله إلى أن التعويض مستحق عند وجود الضرر الناتج عن خطأ المدعى عليه , وهذا الخطأ هو السبب المباشر في الضرر سواء كان هذا الضرر ماديا مرتبطا بمال الشخص أو معنويا (أدبيا) مرتبطا بجسمه أوشرفه أو عاطفته أو الاعتداء على حق ثابت له.

المطلب الثاني الغاية من تشريع الشرط الجزائي

يهدف الشرط الجزائي إلى تحقيق الغايات الآتية :

أ–ضمان تنفيذ العقد وعم الإخلال بموجبه فإن وجوب الشرط الجزائي يحمل العاقدين على عدم التهاون بالعقد .

[1] نفسه ص422و423 باختصار .

[2] نفسه .

ب- تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء لما فيه من إجراءات قضائية طويلة ومصاريف باهضة .

ج- تجنب المتعاقدين تدخل القضاء في تقدير التعويض المترتب عن الضرر الذي سيلحق المتضرر.

د- إعفاء المتضرر من اثبات الضرر الذي يصيبه من إخلال المدين بالتزامه .[1]

كما أن الشرط الجزائي يجنب المتعاقدين تدخل القاضي مالم يكن الشرط الجزائي مبالغا فيه والا فوجب تدخله لاقرار العدل .

إعفاء المتضرر من اثبات الضرر غير مسلم لأنه لايثبت التعويض أو العقوبة الا بثبوت الضرر.

والذي أراه مناسبا هنا أن غاية الشرط الجزائي هي :

-زيادة توثيق العقد وضمان تنفيذه والوفاء بالالتزام من طرف المقاول .

-زجر المتعاقدين في حال محاولة الاخلال بالالتزام .

الخلاصة :

يتم استحقاق الشرط الجزائي بشروط ملخصها وجود الضرر , ووجودعلاقة سببية بين الضرر والمدين ,وأن يخطرالمدين قبل اللجوء إلى التنفيذ ,وهذا الشرط الجزائي يهدف إلى ضمان تنفيذ العقد وإعفاء المتعاقدين من اللجوء الى القضاء مالم يكن حيف أو مبالغة في الشرط الجزائي .

[1] أنظر بحث صيانة المديونيات لمحمدعثمان شبير, بحث منشور ضمن بحوث فقهية في قضايا معاصرة ج2ص857 , ط1, 1418ه-1998م .دار النفائس /وانظر النظرية العامة للالتزام للشرقاوي , ج2,ص57/الموجز في شرح القانون المدني العراقي لعبد المجيد الحكيم , ج2, ص31.

المبحث الخامس حكم الشرط الجزائي

ينقسم الشرط الجزائي إلى نوعين رئيسين وهما :

1 - الشرط الجزائي في غير الديون وهو محور هذا البحث لأن المقاولة ليست بدين ولا تتعلق بدين ومعرفة حكم الشرط الجزائي في غير الديون ييسرلنا معرفة حكم الشرط الجزائي في عقد المقاولة كما سنرى ذلك في موضعه ان شاء الله .

2 - الشرط الجزائي في الديون ولابد لنا من الاشارة اليه لأهميته ولأن الشرط الجزائي يذكر في الغالب مقرونا بالدين .

المطلب الأول : حكم الشرط الجزائي في غير الديون

انقسم الناس في الحكم على الشرط الجزائي إلى فريقين , فريق يقول بالجواز مطلقا , وفريق يقول بالمنع , وقد استدل كل فريق بأدلته , وسنرى بعد استعراضها أي الفريقين أقوى مستندا وأصح دليلا , وأبدأ بعون الله بذكر الفريق الأول القائل بالجواز و الاباحة :

أ-القائلون بالإباحة

قد أصدر مجلس هيئة كبار العلماء في السعودية بالإجماع قرارا برقم 25 بتاريخ21/8/1394 هـ يقضي بأن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا, فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول. وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة ولحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملا بقوله تعالى﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾[1]وقوله سبحانه ﴿ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾'[2]' وقوله – صلى الله عليه وسلم – "لا ضرر ولا ضرار."[3]

وأيد **مجمع الفقه الإسلامي بجدة** هذا القرار وكان قراره أبين وأوضح حيث جاء فيه :

(يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترنا بالعقد الأصلي كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر.)[4]

---

[1] النساء الآية58

[2] المائدة الآية 8

[3] غرامات التأخير ,أنواعها ومشرعيتها , خالدأحمدعثمان , موقع الفقهالإسلامي .

[4] فقه النوازل للجيزاني ,ج3,ص74.

*أدلة القائلين بالجواز

استدل المجيزون بأدلة كثيرة أهمها :

1-الأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز

قد مر معنا في المبحث الثاني القول بأن شيخ الاسلام ابن تيمية استدل بأدلة عديدة لتأييد قاعدته في العقود والشروط وأن الأصل فيها الجوازوالاباحة وقد ذكرت هناك ملخصه لمذاهب الفقهاء وهاهنا أذكر طرفا من الأدلة التي استدل بها على اثبات قاعدته وتأصيلها وأذكر بعدها مناقشة ابن القيم لما أورده المانعون على أدلة الجواز :

القرآن الكريم :

- ﴿ياأيها الذين آمنوا أفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام﴾[1]
- ﴿وإذا قلتم فاعدلو ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا﴾[2]
- ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا﴾(الاسراء 34)
- ﴿ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لايولون الأدبار وكان عهد الله مسؤولا﴾[3]
- ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾[4]
- ﴿ وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ماتفعلون ولا تكونوا كالتي نقضت غزلهامن بعد قوة أنكاثا تتخذون أيمانكم دخلا بينكم﴾[5]
- ﴿ والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون ﴾[6]

---

[1](المائدة,الاية 1)

[2](الأنعام 152)

[3]الأحزاب 15)

[4](النساء 1)

[5](النحل 91-92)

[6](المؤمنون 8) (المعارج 32)

قال ابن تيمية : (واذاكانت رعاية العهد واجبة فرعايته هي الوفاء به)[1].

-﴿ وما يضل به الا الفاسقين الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون مالأمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض﴾ [2]

قال ابن تيمية : (فذمهم على نقض عهد الله وقطع مالأمر الله بصلته , لأن الواجب اما بالشرع واما بالشرط الذي عقده المرء باختياره)[3].

-﴿ ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملئكة والكتب والنبيين وءاتى المال على حبه ذوي القربى واليتمى والمسكين وابن السبيل والسآئلين وفي الرقاب وأقام الصلاة وءاتى الزكواة والموفون بعهدهم اذا عاهدوا والصبرين في البأسآء والضرآء وحين البأس أولئك الذين صدقوا وأولئك هم المتقون﴾ [4]

السنة :

-عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أربع من كن فيه كان مانافقا خالصا ,ومن كانت فيه خصلة كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : اذا حدث كذب واذاوعد أخلف , واذا أتمن خان , واذا عاهد غدر , واذا خاصم فجر)[5].

-وفي الصحيحين عن عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة)[6]

-ومنها ماوراه الترمذي عن كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف

---

[1] القواعدالنورانية الفقهية ,ص277.

[2](البقرة 26-27)

[3] القواعد النورانية ,ص277.

[4](البقرة 177)

[5] الجامع الصحيح للبخاري, كتاب الايمان , باب علامةالمنافق الحديث رقم 34- الجامع الصحيح لمسلم كتاب الايمان , باب خصال المنافق رقم الحديث 58 .

[6]البخاري كتاب الجزية والمواعدة باب إثم الغادر للبر والفاجر رقم الحديث 3188-مسلم كتاب الجهاد-باب تحريم الغدرالحديث رقم1735.

المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
((الصلح جائز بين المسلمين , إلا صلحا حرم حلالا , أو أحل حراما , والمسلمون عند شروطهم , إلا شرطا حرم حلالا , أو أحل حراما)). قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح .)[1][2]

ويستدل أيضا بما ذكره البخاري معلقا في صحيحه قال : وقال ابن عون عن ابن سيرين : قال رجل لكريه : أدخل ركابك , فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا , فلك مائة درهم , فلم يخرج , فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه وقال أيوب : عن ابن سيرين : إن رجلا باع طعاما , وقال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع , فقال شريح للمشتري :أنت أخلفت , فقضى عليه .[3]

قال الحافظ ابن حجر : (وحاصله أن شريحا في المسألتين قضى على المشترط بما اشترطه على نفسه بغير اكراه , ووافقه على المسألة الثانية أبوحنيفة وأحمد واسحاق , وقال مالك والأكثر : يصح البيع ويبطل الشرط , وخالفه الناس في المسألة الأولى ووجهه بعضهم بأن العادة أن صاحب الجمال يرسلها الى المرعى فإذا اتفق مع التاجر على يوم بعينه فأحضر له الإبل فلم يتهيأ للتاجر السفر أضر ذلك بحال الجمال لما يحتاج اليه من العلف , فوقع بينهم التعارف على مال معين يشترطه التاجر على نفسه إذا أخلف ليستعين به الجمال على العلف ...)[4]

قال عبد الرحمان بن ناصر السعدي :

---

[1] سنن الترمذي , كتاب الأحكام , باب مذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس , الحديث رقم 1356,ص416,وقدصحح الحديث العلامة الألباني في ارواء الغليل رقم1303,وأشار الى تصحيحه أيضا في غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام , وذكره في السلسلة الصحيحة رقم2915, المجلد السادس القسم الثاني .

[2] أنظر القواعدالنورانية , ص272وما بعدها .

[3] **صحيح البخاري , كتاب الشروط , باب مايجوز من الاشتراط والثنيا ولإقرار , والشروط التي يتعارفها الناس بينهم , وإذا قال مائة الا واحدة أو ثنيتين ,**

[4] **فتح الباري بشرح صحيح البخاري ,ج1, ص1360.**

وكل شرط لازم للعاقد   في البيع والنكاح والمقاصد
إلا شروطا حللت محرما   أوعكسه فباطلات فاعلما

وهذا أصل كبير وقاعدة كلية في الشروط الصحيحة والشروط الباطلة ...فأما الصحيحة فهي كل شرط اشترطه المتعاقدان ,لهما فيه أو لأحدهما فيه مصلحة , وليس فيه محذور من الشارع ...)[1]

قال ابن تيمية : (وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به علم أن الأصل صحة العقود والشروط ,إذلامعنى للتصحيح إلاماترتب عليه أثره وحصل به مقصوده .ومقصود العقد : هوالوفاء فاِذاكان الشارع قد أمر بمقصود العهود , دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة)[2]

أجوبة المانعين

أجاب المانعون على أدلة الجواز والاباحة بأجوبة لخصها ابن القيم وهي كالآتي :

-القول بأن أدلة الاباحة منسوخة .

-تخصيصها ببعض العهود والعقود .

-القدح في سندمايمكن القدح فيه .

-معارضتها بنصوص أخر من قبيل : قول النبي صلى الله عليه وسلم (مابال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله , ماكان

---

[1] القواعدالفقهية لفهم النصوص الشرعية ,ص42.

[2] القواعد النورانية الفقهية,ص280,ط2, رمضان 1428ه, دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع.

من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق)[1].

وكقول النبي صلى الله عليه وسلم : (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد).[2]

وكقوله تعالى : ﴿ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [3]

رد الجمهور على أدلة المانعين

–دعوى النسخ ليس عليها دليل وتقصي الأدلة الأخرى وتخرجها عن دين الله .

–دعوى التخصيص تتضمن ابطال العموم وهو غير جائز الا ببرهان .

–قال ابن القيم : (وأما معارضتها بما ذكرتم فليس بحمد الله بينها وبينه تعارض , وهذا انما يعرف بعد معرفة المراد بكتاب الله في قوله : (ماكان من شرط ليس في كتاب الله)ومعلوم أنه ليس المراد به القرآن قطعا ,فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن , بل علمت من السنة , فعلم أن المراد بكتاب الله حكمه كقوله تعالى : ﴿كتب الله عليكم ﴾ [4],وقول النبي صلى الله عليه وسلم : (كتاب الله القصاص)البخاري في كتاب التفسير – مسلم في كتاب القسامة) في كسر السن , فكتابه سبحانه يطلق على كلامه وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسوله , ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلا ...)[5] .

---

[1] البخاري كتاب الشروط , باب الشروط في الولاء , الحديث رقم 2729 .

[2] الجامع الصحيح لمسلم كتاب الاقضية , باب نقض الاحكام الباطلة ورد محدثات الأمور حديث رقم1718 .

[3] البقرة الآية229

[4] النساء 24

[5] أنظر اعلام الموقعين عن رب العالمين ص362و364 ,د.ط,1427هـ–2006م,ضبط وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي , دار الكتاب العربي .

وَيرد على هذا الدليل قول المخالف أنه لايسلم من عدم وجود دليل المنع , بل دليل التحريم متوافر .

ُيرد هذا ا لإيراد بأن دليل المخالف غير مسلم به, بل ليس بدليل في موضع النزاع , فا ِفتراض كونه أكلا لأموال الناس بالباطل ,والجهالة والغرروالرهان والمقامرة لايزيل كون الأصل في العقود والشروط الجوازو الإباحة , وذلك ا لإفتراض إنما هو افتراض بعد تحقق الأصل وهو الجواز , فكان الإ فتراض لاغيا لامحل له في موضع النزاع .

2- لاضرر ولا ضرار :

عدم تنفيذ العقد يؤدي الى الضرر والإضرار وهو مرفوع شرعا منهي عنه , والشرط الجزائي يهدف الى **حماية المتعاقدين من الضرر والإضرار وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : ((لاضرر ولا ضرار)).**[1]

قال ابن عثيمين : (لاضرر أي أن الضرر منفي شرعا , ولا ضرار أي مضارة, والفرق بينهما أن الضرر يحصل بلا قصد , والضرار يحصل بقصد فنفى النبي صلى الله عليه وسلم الأمرين , والضرار أشد من الضرر لأنه يحصل قصدا كما قلنا).[2]

ويرد عليه أن الضرر انما هو متوهم وليس ضررا واقعا بالتالي لايوجب التعويض بمجرد توهم الضرر , فاِن سلم جوازه فاِن اقراره يجب أن يكون بعد وقوع الضرر , واقراره قبل ذلك أكل لأموال الناس بالباطل .

---

[1]سنن ابن ماجه , كتاب الأحكام , باب من بنى في حقه ما يضر بجاره , حديث رقم 2341 .وقد صححه العلامة الألباني في تخريج الحلال والحرام رقم68, وأخرجه في ارواء الغليل رقم896.

[2] شرح الأربعين نووية ,ص170.

وُيرد هذا من وجهين : **أحدهما** انا لانسلم بكونه تعويضا بل هو عقوبة عندالإخلال بالإلتزام , **ثانيهما** أن اقرار الشرط الجزائي قبل الضرر إنما هو لتفادي الإخلال بالعقد ولمنع الضرر قبل حصوله فإذا وقع الإخلال وجبت العقوبة , وإن لم يكن هناك ضرر فلا عقوبة ولا تعويض ,فالغاية من اقرار الشرط الجزائي قبل وقوع الضرر منع حدوثه , ودفع فرص وقوعه .

3- المصالح المترتبة على الشرط الجزائي :

الشرط الجزائي عامل من عوامل الحث على الوفاء بالعقد ومنع التلاعب بحقوق العباد، وإلحاق الضرر بهم , واقرار جوازه من باب العمل بالمصالح المرسلة [1]

وَيرد على هذا الدليل أن وجود المصالح لايدل على الإباحة فقدقال الله تعالى في الخمر ﴿**يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما**﴾[2].

وُيرد هذا بأن المنافع والمصالح الظاهرة ليست دليلا على الإباحة مع وجود النص فلا تعد أن تكون مصالح ومنافع ظاهرة , ووراءها مفاسد عظيمة هي سر تحريمها لهذا قال الله تعالى ﴿ **واثمهما أكبر من نفعهما** ﴾, وفي الشرط الجزائي لانص على تحريمه ولو وجد نص لما قيل بجوازه أصلا سواء كانت فيه مصلحة أو لم تكن .

4-العرف :

---

[1] **هي المحافظةعلى مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق , المصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاته الفقهية لعبد اللطيف العلمي , ص25.**

[2] (البقرة الآية219)

تعارف الناس على وضع الشروط الجزائية في كثير من عقودهم , والعرف صحيح معمول به مالم يعارض نصا شرعيا أو أصلا معتبرا من أصول الشرع

قال عبد الرحمان بن ناصر السعدي :

والعرف معمول به اذا ورد حكم من الشرع الشريف لم يحد.[1]

والقاعدة الفقهية تقول : (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)قال الشيخ أحمد الزرقا : (... ففي كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعا صريح الشرط المتعارف , وذلك بأن لايكون مصادما لنص بخصوصه).[2]

و َيرد عليه أنه عرف مخالف للدليل , و ُيرد بأنه لانسلم بأن هناك دليلا صحيحا صريحا قد نص على عدم جوازه , وإنما هي اجتهادات قابلة للقبول والرد, ولا انكار في مسائل الخلاف اذا سلمنا للقائل بالمنع بوجود دليل , فالمالسألة عند فرض الدليل خلافية ,والراجح ماكان دليله أقوى , والأقوى في هذا الموضع الأخذ بالعرف لأنه كماقال ابن العربي (الحكم بالعادة أصل)[3] والدليل الذي مصدره الإجتهاد دون النص الصريح ليس بدليل في مواجهة العرف , فيسقط بذلك استدلال المخالف , لأن العرف شهدله الشرع بالإعتبار , واجتهاد المجتهد خارج دائرة النص غير معتبر إلابوجود أصل يعضده ويسنده , ولاأصل في موضع النزاع–أي مخالفة العرف للدليل – فلا دليل اذن يخالف العرف فوجب المصير إليه والقول به .

---

[1] القواعد الفقهية ,ص31 .
[2] شرح القواعد الفقهية ,ص237.
[3] أحكام القرآن القسم الثالث ,ص50.

ب- القائلون بالحظر

وقد ذهب إلى عدم جواز الشرط الجزائي عدد من العلماء والباحثين منهم الشيخ عبد الله بن زايد آل محمود , والشيخ عبدالله حسين ,والشيخ على الخفيف , و الباحث محمد بن عبد العزيز اليمني وقال مرجحا اياه :

(والراجح -والله أعلم – هوالقول الثالث-وهو عدم صحة الشرط الجزائي ..)[1]

واستدل المانعون بأدلة أهمها :

1-تقدير التعويض قبل وقوع الضرر فيه غرر,وجهالة , ورهان, ومقامرة, ويؤدي الى أكل أموال الناس بالباطل .

ويرد على هذا الدليل أشياء :

- القول بأنه أكل لأموال الناس بالباطل غير مسلم لأنها لم تؤخذ بعد.
- كونه فيه غررا غير سليم لأن الشرط الجزائي لا يقع الا بوقوع سببه فهو معلوم العاقبة , ومعلوم السبب , ومعلوم النتيجة .
- وأماكونه رهانا ومقامرة فغير سليم لأن الغنم في القمار والرهان ليس مشروطا بوقوع الضرر , ولا يترتب عليه تنفيذ عقد ولا الوفاء بالالتزام , فالغنيمة في الرهان والقمار ليست تعويضا ولا عقوبة, بل مجرد أخذ للمال بغير سبب وقد ورد النص برده وتحريمه , ولا نص في تحريم الشرط الجزائي .

---

[1] الشرط الجزائي في العقود المعاصرة ,ص229.

- الدليل اجتهادي محض فيه توهم للغرر والجهالة المؤديان لأكل أموال الناس بالباطل , وهذا التوهم منفي غير صحيح لبطلان أساسه , فالإستدلال به غير صحيح ولا تقوم به حجة .

2- يستحق الشرط الجزائي لأجل الضرر المعنوي والأدبي وهي أضرار متوهمةو متوقعة وليست واقعة وهذا باطل فالشرط باطل لأجل بطلان مايستحق لأجله .

ويرد عليه أن التعويض على تلك الأشياء إنما هو غير جائز في الديون , ولم يرد دليل برده في غيرها فتعميمه على غير الديون تكلف , وأيضا فالشرط الجزائي لايستحق لأجل ضرر متوقع بل لأجل ضرر واقع فعلا .

3-**سد الذريعة إلى أكل أموال الناس بالباطل :**

إذا كان يؤدي الى التنازع وأكل أموال الناس بالباطل فسدا لدريعة الحرام يمنع الشرط الجزائي .

ويرد عليه ماسلف ذكره في الدليل الأول .

ج – الترجيح

والذي يظهرلي أنه الراجح في المسألة هو قول القائلين بالجواز لقوة أدلتهم ووجاهتها ووضوحها ولرجوعها الى أصول معتبرة شرعا معضدة بأدلة عامة من الكتاب والسنة بخلاف الرأي الثاني فمعتمده هين لين لايصمد في مقابلة أدلة الرأي الأول وكل عمدته اجتهاد محض وتوهم صرف , ولاحرام إلا ما حرمه الشرع , والقول بعدم جوازالشرط الجزائي مطلقا فيه تضييق على الناس وفتح الفرص أمام التلاعب بحقوق الغير , ولعل القول بجوازه أسعد الأقوال بالدليل، وأقواها من جهة النظر، والله أعلم .

المطلب الثاني : حكم الشرط الجزائي في الديون

وصورته: أن يتضمن العقد الأصلي شرطاً يدفع بموجبه المدين مبلغاً من النقود للدائن إذا تأخر المدين عن سداد الدين في الوقت المحدد في أصل العقد، يتفق عليه الدائن مع المدين عند التعاقد. وللمسالة حالتين:

الحالة الأولى:

أن يكون مبلغ الشرط مستحقاً عند عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه دون أن يتوقف ذلك على شريطة أخرى، كأن يقول: إذا لم يوفه دينه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا من المال.

فهذا الشرط باطل، مبطل للعقد كما صرح بذلك الحطاب من المالكية، حيث قال: "إذا التزم المدعى عليه (المدين) للمدعي: أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا، سواء أكان الشيء الملتزم به من جنس الدين، أم غيره، وسواء أكان شيئاً معيناً أم منفعة"[1]

وقد أجمع العلماء الأقدمون والمعاصرون على عدم جواز هذه الحالة لكونها صريح الربا وهي ربا النسيئة التي نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عنها .

الحالة الثانية:

أن يتضمن العقد شرطاً يلزم المدين بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً على الدائن المماطل بسبب التأخير في سداد الدين عن وقته، سواء نص في العقد على ترك تقدير التعويض للعاقدين بعد ظهوره، أو للجنة محكمة، أو للقاضي، وقد أطلق على هذا النوع التعويض .

وقد اختلف في هذه الحالة على قولين :

([1]) أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب,تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص176، دار الغرب الإسلامي، ط1، سنة 1984م.

1-الجواز والاباحة واستدل القائلون به بالأدلة الآتية :

*الأصل في العقود والشروط الاباحة

*العمل على ازالة الضرر عملا بقول النبي صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولاضرار).

*عملا بالقاعدة الفقهية (الضرر يزال).

وقد أجيب عن هذه الأدلة بالأجوبة الآتية :

-الأصل في العقود والشروط الاباحة مالم يدل الشرع على بطلانها وتحريمها وشرط الزيادة في الديون دل الشرع على تحريمها .

-التعويض على أساس المسؤولية العقدية لاتبيحه الشريعة في الديون.

الفريق الثاني: المانعون:

وقد استدل هذا الفريق لرأيه بأن التعويض التأخيري من نوع ربا النسيئة المحرم، كما أن القول به يستبعد المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على أداء الدين، كما أن فتح باب التعويض التأخيري قد يصبح ذريعة للربا المحرم.[1]

الترجيح

قول القائلين بالمنع أنسب لروح الشريعة وأحوط للدين , وقولهم أرجح لقوة مستنده ولكونه يسد ذريعة الربا ويحول دون استغلال الدائن للمدين , ويحول دون أكل أموال الناس بالباطل ودون وجه حق .

الخلاصة :

[1] أنظر علي بن محمدالحسين الصوا , الشرط الجزائي في الديون دراسة مقارنة, مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية , السنة التاسعة عشرة , العدد 58, رجب 1425ه/سبتمبر2004.ص221ومابعدها.
صيانة المديونيات من التعثر في الفقه الإسلامي ، محمد شبير/بحث منشور في كتاب بحوث اقتصادية معاصرة، ج2، ص835ومابعدها .

1 - اختلف العلماء في حكم الشرط الجزائي في غير الديون فذهب الجمهورالى جوازه وذهب البعض الآخر الى منعه , وأدلة الجمهور قوية تدل على رجحان قولهم , وأدلة المانعين غير قوية في مقابلة أدلة الجمهور مما يجعل قولهم مرجوحا .

2 - اتفق العلماء على أن الشرط الجزائي في الديون حرام اذا كان تنفيذه بمجرد انتهاء المدة وكان محددا سلفا , واختلفوا فيما إن كان الشرط الجزائي غير محدد المقدار ومرتبطا بضرر حقيقي واقع فذهب طائفة الى المنع لأنه ربا في كل حال , وذهب طائفة أخرى إلى جوازه عملا بقاعدة (الأصل في الشروط والعقود الإباحة) وأن مماطلة الغني توجب عقوبته , والراجح ماذهب إليه المانعون لأن كل زيادة في القرض فهي ربا .

خلاصة الفصل الأول

نخلص من كل ماسبق الى الأشياء الآتية ذكرها :

1 - الشرط في اللغة العلامة .

2 - الشرط في ا لإصطلاح : (مايلزم من عدمه العدم ولايلزمن وجوده وجود ولاعدم لذاته).

3 - الشروط عند الفقهاء ثلاثة وهي : شروط صحيحة , وشروط باطلة, وشروط مختلف فيها يرجع أصل الخلاف فيها إلى الأصل في العقود والشروط هل هو الإباحة أو الحظر والراجح أن الأصل فيها ا لإباحة وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم واستدلا بأدلة قوية.

4 - الجزاء في اللغة يأتي لمعان منها : المكافأة على الخير والشر , العقاب, والكفاية .

5 - وجاء في القرآن بتلك المعاني اللغوية .

6-الشرط الجزائي عرف بتعريفات عديدة من قبل العلماء وحاصلها أن الشرط الجزائي هو : (شرط زائد مكمل لمقتضيات العقد , متفق عليه بين المتعاقدين ويكون مقترنا بالعقد أو لاحقاله كعقوبة للذي لايفي بالتزاماته على اختيار ملحقا الضرر بالذي عقد معه, غير خارج عن مقتضيات العدل) .

7-واختلف العلماء في تكييف الشرط الجزائي فكيف من قبل بعض العلماء على أنه عربون , وكيف على أنه كفالة, وكيف على أنه رهن, وذهب قوم إلى أنه معاملة مستقلة وهو الراجح لوجود فروق ظاهرة وكبيرة بين تلك المعاملات والشرط الجزائي .

8-اختلف في حكم الشرط الجزائي في الديون وفي غير الديون أما في الديون فاتفقوا على شق واختلفوا في شق والراجح عدم جوازالشرط الجزائي في الديون على كل حال لأنها زيادة ربوية , وأما في غير الديون فالراجح الجواز لأن الأصل في الشروط والعقود الجواز والإباحة .

الفصل الثاني : الشرط الجزائي في عقد المقاولة

بعد أن رأينا معنى الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي وحكمه عند الفقهاء المعاصرين نلج الآن لتعرف على حكمه في عقد المقاولة خاصة , ولكن قبل ذلك لابد من الكلام على معنى العقد , ومعنى المقاولة , وآثار هذه المقاولة لذلك جعلت هذا الفصل مقسما إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف العقد

المبحث الثاني : تعريف المقاولة وأركانها

المبحث الثالث : تكييف عقد المقاولة في الفقه الاسلامي

المبحث الرابع :   آثار عقد المقاولة

المبحث الخامس :   حكم الشرط الجزائي في عقد المقاولة

المبحث الأول :   تعريف العقد

1-العقد في اللغة :

العَقْد نقيض الحَلِّ عَقَدَه يَعْقِدُه عَقْداً وتَعْقاداً وعَقَّده أَنشد ثعلب

لا يَمْنَعَنَّكَ مِنْ بِغا   ءِ الخَيْرِ تَعْقادُ التمائمْ

والعُقْدَةُ حَجْمُ العَقْد والجمع عُقَد وخيوط معقَّدة شدّد للكثرة ويقال عقدت الحبل فهو معقود وكذلك العهد ومنه عُقْدَةُ النكاح وانعقَدَ عَقْدُ الحبل انعقاداً وموضع العقد من الحبل مَعْقِدٌ وجمعه مَعاقِد ...قوله تعالى ﴿ والذين عقدت أَيمانكم ﴾ وعاقدت أَيمانكم وقد قرئ عقدت بالتشديد معناه التوكيد والتغليظ كقوله تعالى ﴿ولا تَنْقُضوا الأَيمانَ بعد توكيدها ﴾ في الحلف أَيضاً وفي حديث ابن عباس في قوله تعالى والذين ﴿ عاقَدَت أَيمانُكم ﴾ المُعاقَدَة المُعاهَدة والميثاق والأَيمانُ جمع يمين القَسَمِ أَو اليد.

وقوله تعالى﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعُقود** ﴾[1] قيل هي العهود وقيل هي الفرائض التي أُلزموها قال الزجاج أَوفوا بالعُقود خاطب الله المؤمنين بالوفاءِ بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم والعقُودِ التي يعقِدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين ...[2]

والذي يعنينا من هذه المعاني هومعنى ا لإلزام والوجوب وا لإبرام والميثاق والمعاهدة والتوكيد والتغليظ.

2-العقد في الاصطلاح :

قال الجرجاني : (ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا).[3]

قال ابن تيمية في تعريف العقود : (العقود هي العهود).[4]

وتعريف ابن تيمية هو تعريف العقد بالمعنى العام .

قال زياد شفيق حسن قرارية : (والعقد بالمعنى العام كل ماينتج التزاما شرعيا)[5]

قال محمود البابرتي : (الإنعقاد هنا تعلق كلام بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في محله)[6]

وعرفه ابن نجيم بقوله : (العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا).[7]

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها رقم 103بقولها : (العقد التزام المتعاقدين أمرا وتعهدهما به هوعبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول).[8]

---

[1] المائدة الآية1

[2] أنظر لسان العرب ,ج3,ص295,/مختار الصحاح ,ص214/ القاموس المحيط ,ص300/ كتاب العين ,ج3, 196 / القاموس الوسيط ,ص613.

[3] التعريفات .ص135.

[4] القواعد النورانية الفقهية ,ص274, الطبعةالثانية رمضان 1428, دار ابن الجوزي .

[5] عقد المقاولة في الفقه الإسلامي ومايقابله في القانون المدني ,ص13.

[6] شرح العناية بهامش فتح القدير , ج6, 248.

[7] البحر الرائق , ج5, ص439

[8] مجلة الأحكام العدلية , ج1, ص92.

وجاء في مادتها رقم 104 : (الإنعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه يظهر أثره في محله).[1]

ويلاحظ على هذا التعريف أنه شبيه بتعريف البابرتي .

وعرفه الشيخ الزرقا بقوله : (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله).[2]

ويلاحظ على هذا التعريف شبهه بتعريف مجلة الأحكام العدلية مع زيادة عبارة (على وجه مشروع).

وعرفه عبد الرزاق السنهوري بقوله : (توافق ارادتين أوأكثر على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه).[3]

ويلاحظ على تعريف السنهوري أن مصدر العقد هو الإرادة ,ولم يميز بين المشروع وغير المشروع , فكل ما كان عن ارادة وتوافق فهو عقد وافق الشرع أولم يوافقه وعليه في القانون المدني وجب الإلتزام به ويثبت أثره , وان خالف الشرع , وهذا مردود قطعا, ولكن يشفع لهذا التعريف أن السنهوري في الجزء الأول من وسيطه اشترط ألا يخالف العقد الأخلاق والآداب العامة وأحكام الشريعة .

وبنفس تعريف السنهوري نجد فقهاء القانون المغاربة يعرفون العقد , فنجد مثلا عبد القادر العرعاري يقول : (...هو أنه عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر بهدف انشاء الالتزام أو نقله أو انهائه أو تعديله)[4] .

ونجد المختار بن أحمد عطار يعرفه بأنه : (...فهو توافق ارادتين على انشاء الزام أو نقله) غير انه يعتبر تعديل التزام أوانهاءه ليس بعقد يقول :

---

[1] نفسه

[2] المدخل الفقهي العام , ج1,ص291.

[3] الوسيط في شرح القانون المدني ,ج1,ص150.

[4] مصادر الالتزام , الكتاب الأول نظرية العقد , ص24,ط2, 2005,مكتبة دار الأمان ,4, ساحة المامونية, الرباط

(فلا يكون عقدا الا اذا أنشأ الزاما أونقله أما اذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد)[1].

وعرفه عبدالناصر أبو البصل : (ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع).[2]

وهذا تعريف يشبه تعريف الفقهاء .

الخلاصة :

العقد في اللغة له معان كثيرة يعنينا منها الإلتزام والوفاء والعهد والميثاق , وفي الإصطلاح يطلق على معنيين : 1- عام : وهوكل ماينتج التزاما شرعا .

2- خاص : وهو ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله .

---

[1] النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي ,ص46,ط1, 1432ه-2011م,مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء

[2] دراسات في فقه القانون المدني ,ص40.

المبحث الثاني : تعريف المقاولة وأركانها

وقد جعلت هذا المبحث على مطلبين الأول منهما للتعريف بالمقاولة في اللغة والاصطلاح والثاني لأركانها , ,وأبدأ بعون الله بالأول منهما :

المطلب الأول : تعريف المقاولة

1 - المقاولة في اللغة :

قال ابن منظور :(وقاوَلْته في أَمره وتَقَاوَلْنا أَي تَفاوَضْنا)[1]

وقال في مختار الصحاح : (قاوله في أمره وتقاولا أي تفاوضا)[2]

وقال في المعجم الوسيط : (المقاولة اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدود في مدة معينة).[3]

2-المقاولة في الاصطلاح :

ليس للفقهاء الأقدمين تعريف للمقاولة كمصطلح لأنها من المصطلحات الحديثة, لذلك قد عرفها المعاصرون دون أن يعرفها الأقدمون , فقد جاء في المادة 124 من مجلة الأحكام العدلية : (الإستصناع عقد مقاولة مع أهل

---

[1] لسلن العرب ,ج11,ص572.
[2] مختار الصحاح , ص262.
[3] المعجم الوسيط , ص767.

الصنعة على أن يعملوا شيئا فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع)[1]

وعرفها محمد لبيب بقوله : (المقاولة عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر , دون أن يخضع لإشرافه وادارته) [2].

ونجد القوانين العربية تعرف المقاولة على أنها : (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر).[3]

القانون الأردني

جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني : (المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر).[4]

قال وهبة الزحيلي : (وقد اتفقت القوانين المدنية الإسلامية على تعريف عقد المقاولة بما يأتي : عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر)[5]

القانون المغربي [6]:

يعرف تقنين الإلتزامات والعقود المقاولة والعمل معا في الفصل 723 (إجارة الخدمة عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدود أو من أجل أداء عمل معين في نظير أجر يلتزم هذا الأخير بدفعه له , وإذا كان العقد ثابتا بالكتابة أعفي من رسوم التنبر والتسجيل , وإجارة

---

1 . درر الحكام شرح مجلة الأحكام ,ج1,ص99.

2 شرح أحكام عقد المقاولة , ص11,

3 مادة رقم646من القانون المصري , تطابقها المادة612من القانون المدني السوري ,تطابقها المادة645من القانون المدني الليبي وتوافقها المادة864من القانون العراقي ,وأنظر عقد المقاولة لعبد الرحمان بن عايد , ص49.

4 المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني , ج2,ص582.

5 قضايا الفقه والفكر والمعاصر ,ص229.

6 أصول القانون المدني , الجزء الثاني العقود المسمات ,ص220 / قانون الإلتزامات والعقود ,ص152.

الصنعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له).

ومن هذا التعريف نخلص الى الخصائص الآتية :

-المقاولة عقد رضائي .

-المقاولة عقد ملزم للجانبين .

-المقاولة من عقود المعاوضات .

-المقاولة من العقود التي ترد على العمل.

ونجد في قانون الشغل تعريفا للمقاولة ولكنه تعريف للمقاولة بأهدافها لابكونها عقدا, يقول المشرع المغربي :

(تعتبر المقاولة خلية اقتصادية واجتماعية تتمتع باحترام حق الملكية الخاصة وتلتزم باحترام الذين يشتغلون بها وضمان حقوقهم الفردية والجماعية ...)[1]

ويتلخص من هذه التعريفات أن المقاولة عقد رضائي بين طرفين يقدم أحدهما العمل والآخر البدل .

المطلب الثاني أركان عقد المقاولة

مادامت عقدا فأركانها هي نفس أركان العقود في الفقه الإسلامي وهي :

أ-العاقدان

ويشترط فيهما الشروط الآتية :

1-الأهلية والمقصود بها هنا أهلية الأداء , وهي صلاحية الإنسان أن يقوم بالتصرفات الشرعية والقانونية , والسبب في ذلك كون عقد المقاولة دائرا بين النفع والضرر.[2]

---

[1] ديباجة قانون الشغل , الجريدة الرسمية , عددرقم5167, شوال 1424ه-8دسمبر 2003, ص3973.

[2] **عقدالمقاولة في الاسلام ,ص116.**

وقد نص قانون الإلتزامات والعقود في الفصل الثالث على أن الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية .[1]

كما نصت مدونةالتجارة في مادتها 12أن الأهلية التجارية تخضع لقواعد الأحوال الشخصية .ونصت المادة47 من المرسوم 1087-99-2المتعلق بدفتر الشروط الادارية على أن فقدان المقاول للأهلية المدنية والبدنية سبب من أسباب فسخ العقد وجاء فيها : (ويسري مفعول الفسخ من تاريخ فقدان الأهلية ولا يخول للمقاول الحق في أي تعويض).

ونصت مدونة الأسرة على أن الفتى والفتاة تكمل عندهم الأهلية للزواج ببلوغها ثمانية عشرة سنة شمسية متمتعين بقواهما العقلية .[2]

وجاء في المادة 207من مدونة الأسرة : (أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها).

وجاء في المادة 208 : (أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها)

2-أن يكون العاقد متعددا والمراد به أن يكون المقاول غير صاحب العمل .[3]

ب-الصيغة وهي الإيجاب والقبول ,

واشترط في الصيغة شروط هي :

-جلاء المعنى في صيغة العقد ويقصد بذلك أن تكون مادة اللفظ المستعمل تدل بوضوح على نوع العقد .[4]

---

[1] قانون الإلتزامات والعقود ,ص7.

[2] مدونة الأسرة , القسم الثاني المادة 19.

[3] عقدالمقاولة في الاسلام ,ص119.

[4] المدخل الفقهي العام للزرقا ,ج1,ص319.

–توافق ا لإيجاب والقبول وهو أن يأتي القبول موافقا للايجاب في كل جزئياته , كمحل العقد ,وفي مقدار ثمنه ,وفي الأجل إن وجد .[1]

وأخذ الفقه الاسلامي باعتبار الباعث والمقصد في العقود وفي هذا قال ابن القيم : (ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها , بل جرت على غير قصد منه كالنائم والناسي والجاهل والمكره والمخطئ من شدة الفرح أو الغضب أوالمرض ونحوه , ولم يكفر من قال من شدة فرحه براحلته بعد يأسه منها ((اللهم أنت عبدي وأنا ربك)) فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها ؟ولهذا المعنى رد شهادة المنافقين ووصفهم بالخداع والكذب وا لإستهزاء , وذمهم على انهم يقولون بأفواههم ما ليس في قلوبهم وأن بواطنه تخالف ظواهرهم , وذم تعالى من يقول مالا يفعل , وأخبر أن ذلك من أكبر المقت عنده , ولعن اليهود اذ توسلوا بصورة عقد البيع على ما حرمه عليهم إلى أكل ثمنه , وجعل أكل ثمنه لما كان هوالمقصود بمنزلة أكله في نفسه , وقد لعن رسول الله في الخمر عاصرها ومعتصرها , ومن المعلوم أن العاصر إنما عصر عنبا , ولكن لما كانت نيته إنما هي تحصيل الخمر لم ينفعه ظاهر عصره , ولم يعصمه من اللعنة لباطن قصده ومراده فعلم أ، الاعتبارفي العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها .)[2]

–أن تكون بصيغة الماضي الدالة عل الجزم والقطع في الغالب والى ذلك أشار ابن رشد بقوله (التي صيغتها ماضية).

–اتصال القبول بالإيجاب , بأن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول بما يشعر بالإعراض عن القبول , وهو ما يسمى بالتحاد مجلس العقد .[3]

---

[1] عقد المقاولة في الإسلام والقانون المدني ,ص107.
[2] اعلام الموقعين عن رب العالمين ,ص664,دار الكتاب العربي .
[3] المعين في فقه السنة ,ص282.

ت–المحل[1]:

واشترط فيه الشروط الآتية :

–أن يكون العمل ممكنا :أن يكون محل المقاول مما يمكن القيام به وفي مقدور المقاول , وإذا تعهد بعمل ليس بمقدوره كان ذلك عبثا وإضرارا بالآخرين .

–أن يكون مشروعا : أن يكون العمل الذي تعهد به المقاول مما أباحه الشارع , وأماإذا كان مخالفا لأحكام الشريعة , ومنافيا للنظام العام والآداب كان عقدا باطلا .

–أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وقت العقد نفيا للجهالة والغرر المفضيان للنزاع ,وتحقيقا للرضى .

أما المشرع المغربي فقد نص في الفصل 57 : (الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها أن تكون محلا للالتزام , ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لايحرم القانون صراحة التعامل بها).

ونص الفصل58 على أن : (الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة الى نوعه)

ب –البدل ويشترط فيه كونه موجودا ومشروعا ومعلوما, ومعينا .[2]

ت –السبب والمقصود به الباعث الذاتي الذي دفع المتعاقدالى العقد[3], ولم يفرق التشريع المغربي بين سبب العقد وسبب ا لإلتزام بل جعلهما واحدا ونص في الفصل 63 أنه (يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر).[4]

---

[1] عقد المقاولة في الاسلام ,ص129.
[2] نفسه ,ص130.
[3] نفسه ,141.
[4] قانون الالتزامات والعقود ,ص17.

هذه أركان المقاولة باعتبار الشخصية الطبيعية , ويتبادر إلى الذهن هنا ما اذا كانت المقاولة ذات شخصية اعتبارية فهل تعتبرفيها الأهلية كما تعتبر في الشخصية الطبيعية ؟

والجواب يتطلب معرفة الفرق بين الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية , وقبل معرفة الفروق لابد من معرفة ماهية الشخصية الاعتبارية ومقوماتها :

1-ماهية الشخصيةالاعتيارية :

الشخصية الاعتبارية هي مجموعة من الأفراد أو الأموال يخلع عليها القانون الشخصية القانونية [1]

وقيل هي : هي مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي ترمي الى تحقيق هدف معين مشترك ومشروع , وتمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الهدف .[2]

من هذا التعريف يتبين أن مقومات الشخصية الاعتبارية ثلاثة عناصر :

-اجتماع عدد من الأفراد أو الأموال .

-وجود غرض معين مشترك ومشروع .

-اعتراف النظام بالشخصية الاعتبارية .[3]

-تنظيم خاص تعين بمقتضاه الهيئة التي تمثل الجماعة أو المؤسسةوتعبر عن ارادتها .[4]

الفروق بين الشخصية الطبيعية الاعتبارية :

-الشخص الاعتباري لا تتعلق به حقوق الأسرة والطلاق.

-يتوقف وجود الشخص الاعتباري على اعتراف النظام بخلاف الشخص الطبيعي .

---

[1] **المدخل لدراسة القانون , الدكتور الطيب الفضايلي ,ص297, ط5, شتنبر 2002, مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء .**

[2] **عقد المقاولة , لعبد الرحمان بن عايد , ص77, وانظر مبادئ القانون للوكيل ,ص339,ط1, 1968م,دارالمعارف .**

[3] عفد المقاولة , نفس الصفحة .

[4] **المدخل لدراسة القانون , الدكتور الطيب الفضايلي ,ص301.**

-أهلية الشخصية الاعتبارية محدودة بما قرره النظام اعتمادا على الغرض الذي أنشئت من أجله .

-الشخص الاعتباري يمتاز بالاستمرارية في تأدية غرضه حتى مع وفاة الشخص الطبيعي أو افلاسه أو انسحابه .

-الشخص الاعتباري لاتطبق عليه العقوبات البدنية كالسجن .

-يزول الشخص الاعتباري بزوال شرائطه و زوال العوامل التي أوجدته أو انهاء الغرض الذي أنشئ من أجله بخلاف الشخص الطبيعي لايزول إلا بالموت .[1]

من خلا هذه الفروق يمكن القول أن الأهلية في الشخصية الاعتبارية مرتبطة بما حدده لها القانون , فهو الذي يسطر لها مجال عملها وكيفية أدائها لمهامها وكيفية تسييرها وعلاقتها بالدائنين والمتعاملين ,ويمكن اعطاء مثال على ذلك من مدونة الشركات فنجد مثلا قول المشرع المغربي في المادة 1من القانون 96-5 : (تخضع شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة لهذا القانون وللأحكام غير المخالفة له الواردة في الظهير الشريف الصادر في 9رمضان 1331المتعلق بقانون الالتزامات والعقود).

وجاء في المادة 3 : (شركة التضامن هي الشركة التي يكون فيها لكل الشركاء صفة تاجر ويسألون بصفة غير محدودة وعلى وجه التضامن عن ديون الشركة ولا يمكن لدائني الشركة المطالبة بأداء ديونها في مواجهة أحد الشركاء الابعد انذار الشركة باجراء غير قضائي يبقى دون جدوى).[2]

---

[1] عقد المقاولة لعبد الرحمان بن عايد ,ص79و80.أنظر المدخل الفقهي العام للشيخ الزرفا ,ج3ص284.

[2] الجريدة الرسمية ,عدد4478, 23ذي الحجة 1417(فاتح ماي 1997),ص1058.

المبحث الثالث : تكييف عقد المقاولة في الفقه الاسلامي

يشبه عقد المقاولة عقودا كثيرة ومن بين العقود الأشد شبها به عقد الاستصناع, وعقد الاجارة , فهل عقد المقاولة استصناع أو اجارة , أو هو أعم منهما ؟ هذا ما سنعرفه بحول الله وقوته بعد مقارنة و موازنة عقد المقاولة بالعقدين المذكورين , لنخلص بعدها الى أوجه التشابه وأوجه الاختلاف التي تمكننا من حمل المقاولة على أحد العقدين واعطائه حكمه .

المطلب الأول : عقد المقاولةوالاستصناع

1- تعريف الإستصناع

أ- في اللغة

الاستصناع استفعال من صنع ، فالألف والسين للطلب ، يقال : استغفار لطلب المغفرة ، والصنع : يقول الرازي : "(الصنع) : بالضم مصدر قولك صنع إليه معروفاً وصنع به صنيعاً قبيحاً أي : فعل"[1] ، والصناعة – بكسر الصاد : حرفة الصانع ، واصطنعه : اتخذه ، قال تعالى : " **واصطنعتك لنفسي** "[2] ، يقول ابن منظور : " ويقال اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما " [3] واستصنع الشيء : دعا إلى صنعه ، فالاستصناع لغة : طلب الفعل [4].

ب- في الإصطلاح

عني علماء الأحناف بذكر الإستصناع دون غيرهم من الفقهاء فنجد العيني عرفه بقوله :(هو طلب من الصانع أن يصنع له شيئا بثمن معلوم)[5].

وعرفه ابن عابدين بقوله : (هوطلب العمل منه في شيء مخصوص على وجه مخصوص) .[6]

وقال في موضع آخر : (بيع عين موصوفة في ذمة لابيع عمل)[7].

وعرفه الكاساني بقوله : (هو عقد على مبيع في الذمة).[8]

وأما المعاصرون فمن تعريفاتهم مايأتي :

---

[1] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي .مختار الصحاح ، صفحة : **371** .

[2] سورة طه . آية : **41** .

[3] ابن منظور . لسان العرب ، ج **8** ، صفحة : **209** .

[4] انظر : لسان العرب :ج: **8** ، صفحة : **209** . مختار الصحاح صفحة : **371** . القاموس **المحيط :ج: 1 ، صفحة 954:** .

[5] رمز الحقائق شرح كنزالدقائق ,ج2,ص56,

[6] حاشية ابن عبدين على الدر المختار ,ج5,ص223.

[7] نفسه ,ص225

[8] بدائع الصنائع ,ج6,ص2677.

عرفته مجلة الأحكام العدلية بأن (الإستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع).[1]

وعرفه وهبة الزحيلي على أنه (عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة).[2]

وعرفه محمد سليمان الأشقر : (أن يطلب إنسان من آخر شيئا لم يصنع بعد ليصنع له طبق مواصفات محددة بمواد من عند الصانع مقابل عوض محدد ويقبل الصانع ذلك).[3]

واختار كاسب بن عبد العزيز البدران تعريفه بأنه : (عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص).[4]

ويتلخص من هذا أن الإستصناع عقد بين طرفين يقدم أحدهما العمل والمادة والثاني البدل بشرط حصوله على العين المطلوبة بشكل مخصوص .

ويلاحظ تشابه الى حد التطابق بين تعريف المقاولة وتعريف الإستصناع فكلاهما عقد بين طرفين يقدم أحدهما العمل والآخر البدل .

2- مقومات عقد الإستصناع [5]

*المستصنع : هو طالب الصنعة إذا باشر بنفسه أو بواسطة وقد يكون فردا أو مؤسسة .

*الصانع : هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل .

*المال المصنوع : وهو محل العقد .

---

[1] درر الحكام شرح مجلة الأحكام ,ج1,ص99.
[2] معاملات مالية معاصرة , ص56.
[3] بحوث فقهية معاصرة ,ج1,ص222.
[4] عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي ,ص56.
[5] نفسه ,ص61,62.

*الثمن : هو المال الذي يدفعه المستصنع نظير صنعه وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع .

3- مذاهب الفقهاء في الإستصناع [1]

ذهب المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أن الإستصناع نوع من السلم ويشترط فيه ما يشترط في السلم .

وذهب الحنفية خلا زفرا الى اعتبار الإستصناع عقدا مستقلا ولا يجب فيه مراعاة أحكام السلم , وذهب بعضهم الى القول بأنه مواعدة , وذهب الجمهور منهم الى القول أنه عقد وليس مجرد وعد .

4- أدلة جوازالإستصناع[5]

***القرآن الكريم**

استدلوا بقول الله تعالى : ﴿ **قالوا يا ذاالقرنين إن ياجوج وماجوج مفسدون في الأرض فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينه سدا** ﴾[6].

قال محمد سليمان الأشقر : (فهذا ارشاد قرآني يعلم منه صحة الإستصناع شرعا ولم نر أحدا من أهل العلم تنبه للاستدلال بهذه الآية , والاستدلال مبني على ...أن كل فعل أوأمر أو نهي صدر عن أحد وذكر في القرآن فهو حق إلا إذا نبه القرآن على بطلانه)[7]

***السنة**

---

[1] بحوث فقهية معاصرة ,ج2,ص222/ الاستصناع في الفقه الاسلامي ,ص103-117 .

[2] مواهب الجليل ج4ص539

[3] الأم للشافعي ج2ص116

[4] المغني ج4ص356

[5] بحوثفقهية معاصرة ص227/ الاستصناع في الفقه الاسلامي ص117

[6] الآية 97 من سورة الكهف

[7] بحوث فقهية معاصرة ص227 .

-الحديث الذي أخرجه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب فكان يجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه)[1]

- الحديث الذي أخرجه البخاري في صحيحه عن سهل بن سعد الساعدي (...أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل رسوله الى فلانة , امرأة قد سماها سهل : (مري غلامك النجار أن يعمل لي أعوادا أجلس عليهن إذا كلمت الناس).[2]

- الإستحسان

يرى جمهور الحنفية أنه جائز استحسانا , قال ابن الهمام متحدثا عن الإستصناع (جازاستحسانا)[3], وقال السمرقندي (والقياس أنه لايجوز والإستحسان جائز).[4]

أوجه الإستحسان : -التعامل بين الناس لهذا العقد .

-الحاجة الماسة للعقد .

-الإجماع السكوتي

قال الكاساني : (ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تجتمع أمتي على ضلال).[5]

5- أوصاف عقد الإستصناع[6]

*عقد وارد على العمل .

[1] صحيح مسلم , كتاب اللباس والزينة , حديث رقم2091.
[2] صحيح البخاري , كتاب الجمعة , باب الخطبة على المنبر , حديث رقم 917.
[3] فتح القدير ج5ص395.
[4] تحفة الفقهاء ج2 ص538.
[5] بدائع الصنائع ج6ص2678.
[6] عقد المقاولة في الاسلام 68-71

*عقد من عقود المعاوضات .

*عقد مشرع بالاستحسان عند الحنفية .

* عقد عليه إجماع سكوتي.

*عقد زمني أي محدد بفترة زمنية معينة .

* هو ضرب من ضروب المقاولات لاشتمال المقاولات على عدة عقود .

6-أوجه الشبه بين الإستصناع والمقاولة

من الأوصاف السالفة يمكن استخلاص أوجه الشبه الآتية :

*أنهما عقدان واردان على عمل .

*أنهما من عقود المعاوضات لوجود البدل في كلا العقدين .

* أنهما عقدان محددان زمنيا .

7-أوجه الإختلاف

*المقاولة أعم من الإستصناع .

* الإستصناع عليه اجماع عملي والمقوالة من العقود المستحدثة .

الملاحظ أن أوجه الشبه أكثر من أوجه الاختلاف فالمقاولة استصناع اذا تم العاقد بين رب المال والمقاول على صنع شيء معين والمواد والعمل من المقاول .[1]

8- الشرط الجزائي في الإستصناع

*الشرط الجزائي على المستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه فاسد مفسد للعقد لأن الالتزام دين والشرط الجزائي في الديون ربا صريح .[2]

---

[1] الشرط الجزائي في العقود المعاصرة ,ص323./ مجلة الحكام العدلية المادة 388.
[2] نفسه ,ص321.

جاءفي قرار المجمع الفقهي الاسلامي : (يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا التي يكون الالتزام الأصلي دينا فإن هذا من الربا الصريح).[1]

*الشرط الجزائي على الصانع إذا لم ينفذ أوتأخر فجمهور العلماء المعاصرين على صحته .

جاء في قرار مجمع الفقه الاسلامي : (يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى مااتفق عليه العاقدان مالم تكن هناك ظروف قاهرة).[2]

الخلاصة :

يتلخص مما سلف ذكره الأشياء الآتية :

- الإستصناع في اللغة اتخاذ صانع .
- في الإصطلاح عقد وارد على العمل والعين في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص .
- الإستصناع جائز بالكتاب والسنة و الإجماع العملي , والإستحسان لحاجة الناس اليه .
- الإستصناع نوع من المقاولة ويطابقها في وجوه كثيرة فيصح حمل المقاولة على أنها استصناع وبه قالت مجلة الأحكام العدلية , وجعل كاسب بن عبد الكريم البدران الإستصناع مرادفا للمقاولة .
- يجوز الشرط الجزائي في الإستصناع اذا كان على الصانع ولا يجوز إذاكان على المستصنع لأن أصله دين والشرط الجزائي في الديون ربا صريح.

---

[1] قرار المجمع الفقهي الاسلامي بجدة رقم 12/3/109.أنظر فقه الناوزل للجيزاني ,ج3ص78.

[2] قرار المجمع الفقهي الاسلامي بجدة رقم7/3/66 . أنظر بحوث في قضايا معاصرة , بحث عقد الاستصناع لمحمد سليمان الأشقر,ج1ص246.

المطلب الثاني : المقاولة والإجارة

1- الإجارة في اللغة

الإجارة في اللغة : مشتقة من الأجر ، والأجر في اللغة له معنيان :

1 -الكراء والأجرة على العمل.

2 -الجبر .

قال ابن فارس : الهمزة والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى ، فالأول الكراء على العمل ، والثاني جبر العظم الكسير ، فأما الكراء فالأجر والأجرة ، وأما جبر العظم فيقال منه : أجرت اليد.

فهذان الأصلان ، والمعنى الجامع بينهما أن أجرة العامل كأنها شيء يُجبر به حاله فيما لحقه من كد فيما عمله[1] .

2- الإجارة في الإصطلاح

*اختلف الفقهاء في تعريف الاجارة , وهذه جملة من تعريفاتهم لها :

-تعريف الحنفية :جاء في تبيين الحقائق قوله : (بيع منفعة معلومة بأجل معلوم).[2]

قال ابن عابدين : (هو تمليك نفع مقصود من العين بعوض).[3]

قال السرخسي : (عقد على منفعة بعوض هو مال).[4]

---

[1] معجم مقاييس اللغة ج1,ص62، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون ، الناشر دار الجيل في لبنان ، طُبع عام 1420هـ

[2] تبين الحقائق شرح كنزالدقائق, ج5ص105.

[3] رد المحتار على الدر المختار, ج6ص4.

[4] المبسوط ج15ص74.

ويلاحظ أن التعريفين الأخيرين لم يشيرا الى الأجل بخلاف التعريف الأول الذي أشار الى الأجل ولم يشر الى العوض , وقد نبه عليه التعريفان الأولان ولوجمعنا مافي هذه التعاريف لتحصل لدينا أن الاجارة في المذهب الحنفي هي : (عقد على منفعة مقصودة بعوض الى أجل معلوم).

-تعريف المالكية

قال التسولي : (والإجارة بيع منافع معلومة بعوض معلوم).[1]

قال التاودي : (إنها العقد على منافع الآدمي).[2]

ويلاحظ على تعريف التاودي قصره الإجارة على منافع الآدمي فهوعلى هذا تعريف ضيق جدا وغير جامع لعدم ذكره العوض والأجل وقد قصر تعريفه على إجارة العمل وهي منفعة الآدمي .

وجاء في حاشية الدسوقي : (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض).[3]

وعرفها محمد بن أحمد الداه الشنقيطي بقوله : (وهي دفع مال يصح أن يكون ثمنا مقابل عمل أو غلة).[4]

ويلاحظ على هذا التعريف تمييزه بين إجارة العمل و إجارة المنفعة وهذا التعريف شبيه بتعريف القانون المدني كما سنرى بعد اتمام تعريفات الفقهاء , ويلاحظ عدم ذكره للأجل والمدة .

-تعريف الشافعية

جاء في روضة الطالب : (عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلةللبذل والاباحة بعوض معلوم).[5]

---

[1] البهجة في شرح التحفة ,ج2ص330.
[2] حلى المعاصم بهامش البهجة ج2ص330.
[3] حاشية الدسوقي على الشرح االكبير ج4ص2.
[4] فتح الرحيم على فقه الامام مالك . ج3ص17.
[5] روضةالطالب مع أسنى المطالب ج2ص403.

وقال في نهايةالمحتاج : (تمليك منفعة بعوض بشروط : علم عوضها وقبولها للبذل والاباحة)[1]

يظهرفي هذين التعريفين التركيزعلى كون المنفعة قابلة للبذل وأن تكون مباحة , ويلاحظ عدم ذكر الأجل .

–تعريف الحنابلة

جاء في الانصاف : (بذل عوض في منفعة معلومة من عين معينة أوموصوفة في الذمة أو في عمل معلوم)[2].

وقال في الكشاف : (عقد على منفعة مباحة تؤخذ شيئا فشيئا)[3].

يلاحظ غياب ذكر الأجل في كلاالتعريفين , ويلاحظ على الثاني عدم ذكر العوض .

أما المعاصرون فلهم تعريفات منها :

اختار محمد المهدي تعريفها بأنها : (عقد يفيد تمليك منفعة مخصوصة بعوض مخصوص).[4]

وعرفها اليمني بقوله : (عقد غير مؤبد يقتضي تمليك منفعة مباحة معلومة مقصودة بعوض معلوم).[5]

والجامع بين جميع تلك التعريفات هو أن الاجارة عقد على منفعة سواء كانت منفعة آدمي أو منفعة عين , وهذا العقد يقتضي العوض والبدل ولا يقتضي التأبيد بل هو محدود الزمان , ولابدمن المنفعة أن تكون مباحة مشروعة لاتخالف الشرع وليس فيها محظور , بالتالي يمكن القول أن الاجارة (تمليك منفعة معلومة مباحة في زمن معلوم بعوض معلوم).

---

[1] نهاية المحتاج ,ج5ص261.

[2] المرداوي , الانصاف في معرفة الخلاف على مذهب الامام أحمد ,ج6,ص3, تحقيق محمد حامد الفقي , دار احياء التراث العربي , بيروت لبنان .

[3] البهوتي , كشاف القناع عن متن الاقناع , ج3, ص546, تحقيق هلال مصيلحي مصطفى ,ط2, 1402ه, دار الفكر بيروت .

[4] أثر الأجل في عقد المقاولة ,ص15

[5] الشرط الجزائي في العقود المعاصرة ,ص313.

-تعريف الإجارة في القانون المغربي

قسم المشرع المغربي الإجارة الى قسمين : إجارة الأشياء وهي الكراء , إجارة الأشخاص أوالعمل .

وعرف الكراء بأنه(عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة يلتزم الطرف الآخر بدفعهاله).[1]

وعرف إجارة الخدمة أو العمل بأنه (عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد أومن أجل أداء عمل معين في نظير أجر يلتزم هذا الأخير بدفعه له)[2]

ولو أنناجمعنا التعريفين معا لتحصل لدينا أن الإجارة هي (عقد بين طرفين يلتزم أحدها بتقديم منفعة لأجل معين مقابل عوض يقدمه الطرف الآخر). وبهذا يمكن القول أن المشرع المغربي لم يخرج عن نطاق التعريف الفقهي رغم تمييزه بين الكراء وإجارة الخدمة أوالعمل .

3-أدلة مشروعية الإجارة[3]

دل على مشروعية الإجارة الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

أما الأدلة على ذلك من القرآن الكريم فمنها :

[1] قانون الالتزامات والعقود الفصل627 , ص133.
[2] نفسه الفصل 723,ص152.
[3] المعاملات المالية المعاصرة في ضوءالكتاب والسنة ,ص419-420/أثر الأجل في أحكام عقد الاجارة ص23.

1 قوله تعالى : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1].

حيث دلت هذه الآية على أن المطلقة التي لها ولد رضيع فإن لها أن ترضع ذلك الولد ، ولها أن تمتنع ، فإن أرضعت استحقت أجر مثلها.

فدلت الآية على مشروعية الإجارة ، حيث أمر الله بإعطاء الزوجة الأجرة على الرضاع ، فأجاز الإجارة على الرضاع ، وإذا جازت عليه جازت على مثله وما هو في معناه.

2 قوله تعالى : ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلاَدَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ [2]

حيث نفى الله تعالى في هذه الآية الجناح عمن يسترضع لولده ، أي يستأجر امرأة ترضع ولده بالأجرة ، فدل ذلك على مشروعية الإجارة.

3 قوله تعالى :﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ . قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ [3]

---

[1] سورة الطلاق الآية6

[2] سورة البقرة الآية 233.

[3] سورة القصص الآيتين 26-27

4 – حيث طلب والد المرأتين من موسى – عليه السلام – أن يؤجره نفسه لرعي الغنم مقابل عوض معلوم وهو تزويجه أحدى ابنتيه ، ووافق موسى على ذلك ، فدل ذلك على أن الإجارة كانت مشروعة عندهم ، ولم يأتِ في شرعنا ما يمنعها ، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا سُكت عنه.

5 قوله تعالى : ﴿**فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا**﴾[1]

فذُكر في هذه الآية أن موسى – عليه السلام – قال للخضر : ﴿**لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا**﴾ ، وكما سبق فإن شرع من قبلنا شرع لنا إذا سُكت عنه.

وأما الأدلة من السنة فمنها :

1 قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة – رضي الله عنه : « **قال الله تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ؛ رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره** ».[2]

فقوله – صلى الله عليه وسلم – : « ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره» يدل صراحة على مشروعية الإجارة.

---

[1] سورة الكهف الآية77.

[2] **أخرجه البخاري في صحيحه ، في كتاب البيوع ، في باب أثم من باع حراً ، رقم الحديث (2227).**

2 قوله – صلى الله عليه وسلم – : « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله »[1]

وهذا الحديث يدل صراحة على مشروعية الإجارة.

3 عن عائشة – رضي الله عنها – قالت : ((استأجر النبي – صلى الله عليه وسلم – وأبو بكر رجلاً من بني الديل هادياً خريتاً ، وهو على دين كفار قريش ، فأمناه فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليالٍ ، فأتاهما براحلتيهما صبح ليالٍ ثلاثٍ فارتحلا ، وأخذ بهم طريق الساحل .))[2]

وأما الإجماع :

فقد أجمعت الأمة على مشروعية الإجارة ، ولم يخالف في ذلك إلا ما يروى عند عبد الرحمن ابن الأصم من أنه قال بعدم جواز الإجارة.

قال ابن المنذر : (وأجمعوا على أن الاجارة ثابتة).[3]

قال موفق الدين ابن قدامة : " وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة ، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال : لا يجوز ذلك ؛ لأنه غرر ، يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق ، وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار " [4]

---

[1] أخرجه البخاري في صحيحه ، في كتاب الطب ، في باب الشرط في الرقية بقطيع من الغنم ، رقم الحديث (5737)

[2] أخرجه البخاري في صحيحه ، في كتاب الإجارة ، في باب استئجار المشركين عند الضرورة ، 2263

[3] الاجماع لابن المنذر ,ص144, ط2, حققه وقدم له وأخرج أحاديثه أبوحماد أحمد بن محمد حنيف عجمان , مكتبة الفرقان .

[4] المغني لابن قدامة (6/8).

وأما القياس :

فإن عقد الإجارة يُقاس على عقد البيع في جوازه ، حيث أن البيع عقد على الأعيان ، والإجارة عقد على المنافع ، والحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز العقد على الأعيان جاز العقد المنافع.

قال موفق الدين ابن قدامة : " والعبرة أيضاً دالة عليها فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع" . [(1)]

4-أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين الاجارة والمقاولة

***أوجه التشابه :** -كونهما عقدين من طرفين .

-كونهما عقدين رضائيين .

-كونهما عقدي معاوضة .

-كونهما عقدين زمنيين .

-كونهما عقدين ملزمين .

فهذه جملة الأشياء المشتركة بين العقدين سواء كان على منفعة عين أو عمل .

***أوجه الاختلاف :**

وتختلف الاجارة عن المقاولة بكون الأجير يعمل تحت سلطة رب العمل بخلاف المقاولة فاِنه مستقل عن سلطة رب العمل .

وتفترق المقاولة عن اجارة العمل بفروق أخرى منها :

---

[1] المغني لابن قدامة (**6/8**).

-العامل في عقد العمل لابد أن يكون شخصا طبيعيا بخلاف عقد المقاولة فيجوزأن يكون طبيعيا أومعنويا كمؤسسة أو شركة .

-يستحق العامل أجرته اذا تواجد في مكان العمل , والمقاول لايستحق العوض الا بعد تنفيذ الالتزام فعليا .

-العامل لايضمن ما يعمل به بين يديه أماالمقاول فيضمن .[1]

ولكن هذه الفروق لاتنفي أن تكون المقاولة إجارة على العمل إذا اقتصر عمل المقاول على تنفيذ العمل على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة.[2]

5- الشرط الجزائي في عقدالاجارة

وصورته كما لو اشترط المؤجر على مستأجر العين كالدار أو الأرض مثلا أنه في حال تأخره في الخروج عن الوقت المحدد فا ِنه يدفع تعويضا عن هذا الاخلال قدره كذا من المال عن كل يوم تأخير زائدا عن أجرة منفعة العين .

وكذا لو اشترط رب العمل على العامل أنه إن لم ينفذ العمل في الوقت المحدد فسيخصم عليه مبلغ كذا عن كل يوم تأخير .

حكمه : ذهب جمهور العلماء المعاصرين إلى صحته ولزوم الوفاء به.[3]

*الخلاصة

يتلخص من كل ماسبق الأشياء الآتية :

- ❖الإستصناع عقد وارد على العمل والعين في الذمة ويشترط فيه العمل على وجه مخصوص .
- ❖الإجارة تمليك منفعة معلومة مباحة بعوض معلوم الى أجل معلوم .

---

[1] المقاولة في الفقه الاسلامي ص52.
[2] قضايا الفقه والفكر المعاصر ص231.
[3] الشرط الجزائي في العقود المعاصرة ,ص316.

❖ جواز الشرط الجزائي في عقد الاستصناع إن كان مشترطا من المستصنع ولايجوز إذا كان من الصانع لوروده حينها على الدين وهو ربا صريح .

❖ يجوز الشرط الجزائي في الإجارة إذا كان مشترطا من المؤجر أو رب العمل .

❖ المقاولة استصناع إذا قدم المقاول العمل والمادة معا , وعقد إجارة على العمل إذا قدم المقاول العمل فقط .

المبحث الرابع : آثار عقد المقاولة

من المعلوم أن كل عقد تنشأ عنه التزامات يلتزم بها طرفا العقد والمقاولة كسائر العقود تنشأ عنها التزامات وهذه الالتزامات هي التي سأذكرها ان شاء الله في هذا المبحث وقد جعلته على مطلبين :

المطلب الأول خصصته لالتزامات رب العمل, والمطلب الثاني لالتزامات المقاول , وهذا تفصيل ذلك بعون الله عز وجل :

المطلب الأول : التزامات رب العمل

مادامت المقاولة استصناعا في حال تقديم المقاول المادة والعمل , واجارة على العمل من قبيل الأجير المشترك في حال تقديم المقاول للعمل ورب العمل للمادة,وعليه فإن الأمر يقتضي معرفة التزامات رب العمل في حل تقديمه للمادة, والتزاماته في حال تقديم المقاول للعمل والمادة معا , وعليه

فاِن التزامات رب العمل ستكون هي نفسها التزامات رب العمل في الاستصناع والأجير المشترك في الفقه الاسلامي , ونذكرها بعون الله وتوفيقه فيمايلي :

1 - **أداء الأجرة:**

يقول وهبة الزحيلي : (على صاحب العمل دفع البدل المتفق عليه عند تسلم العمل المعقود عليه , لأن الأجرة تلزم باستيفاء المنفعة مالم يتفق أو يتعارف على غير ذلك)[1].

وقد نصت على ذلك القوانين المدنية العربية فقد جاء في المادة 793من القانون المدني الأردني قوله (يلتزم صاحب العمل بدفع الأجرة عند تسلم العمل الا اذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك) ونفس الشيء نصت عليه المادة 884من القانون المدني الاماراتي والمادة 671من القانون الكويتي .

أداء الأجرة في القانون المغربي :

نص الفصل 734 من قانون الالتزامات والعقود: (على رب العمل أو السيد أن يدفع الأجر وفق ماهو مذكور أو مقرر بمقتضى العرف المحلي ,فاِذا لم يحدد الاتفاق ولا العرف طريقة دفع الأجرة فانه لايكون واجب الدفع الا بعد أداء مايقضي به العقد من الخدمات أو العمل).

يستخلص من هذا الفصل أن :

1 - رب العمل ملزم بأداء الأجرة .
2 - أداء الأجرة تابع لما هو مقرر أو حسب العرف المحلي .
3 - اذا لم يحدد الاتفاق ولا العرف طريقة دفع البدل فانه يكون مستحقا بعد أداء الأجير أو المقاول لماعليه بمقتضى العقد .

---

[1] عقد المقاولة , ص241. وانظر عقد المقاولة لزياد قرارية , ص151, وانظر عقد المقاولة في الاسلام لشاشو ص760وانظر عقد المقاولة للعايد ص187,

ونص الفصل 735على أن : (من التزم بتنفيذ عمل أو بأداء خدمات معينة يستحق الأجر الذي وعد به بتمامه ...).

ونص الفصل 775على أن أجير الصنع : (لا يستحق الوفاء بالثمن الابعد انجاز العمل أوالفعل الذي هو محل العقد , واذا حدد الثمن على أساس وحدة زمنية أو جزء من العمل استحق الوفاء بعد إنجاز كل وحدة من وحدات الزمن أو العمل)

من الفصلين يظهر أن الأجرة تستحق عند الوفاء بالالتزام وعليه فان المقاول مستحق لأجره عند وفائه بالتزامه وتسليمه لرب العمل , وهذا يحيلنا على الالتزام الثاني لرب العمل , وقبل الانتقال للحديث عن الالتزام الثاني أقف يسيرا عند شروط الأجرة :

قال عبد الرحمان العايد : (كل ماجاز أن يكون ثمنا في البيع جازأن يكون أجرة في المقاولة...)[1]

وعليه فكل ماشترط في المعقود عليه في الفقه فهومشترط للأجرة في المقاولة , واقد اشترط الفقهاء لها شروطا نستخلصها من الأقوال الآتية :

قال القاضي عبد الوهاب المالكي : (كل بيع فالأصل فيه الجواز الا ما تعلق به ضرب من ضروب المنع, وفساد البيع وفساد البيع يكون بوجوه منها مايرجع الى المبيع ... وأما مايرجع الى الثمن فبكونه ممالاتصح المعاوضة فيه بجنسه ويرجع ذلك الى أنه لا يصح بيعه)[2].

قال أبو الحسن في كفاية الطالب الرباني : (الثاني المعقود عليه من ثمن ومثمن وشرطه أن يكون طاهرا منتفعا به , مقدورا على تسليمه , معلوما للمتبايعين)[3].

---

[1] عقد المقاولة , ص178.
[2] التلقين ,ج2,ص360, تحقيق ودراسة ثالب سعيد الغاني , د.ت, د. ط, مكتبة نزار الباز , الرياض .
[3] حاشية العدوي على شرح أبي الحسن , ج2,ص126,د.ط, د.ت , دار الفكر للطباعة والنشر .

قال ابن رشد الحفيد : (...بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة , معلوم القدر, مقدورا على تسليمه ,وذلك في الطرفين الثمن والمثمون)[1].

قال القطب الدردير : (وشرط للمعقود عليه أي لصحة بيع المعقود عليه ثمنا أو مثمنا طهارة وانتفاع به , وإباحة ,وقدرة على تسليمه , وعدم نهي وجهل به)[2].

قال ابن عابدين : (وشرط المعقودعليه ستة : كونه موجودا , مالا متقوما , مملوكا في نفسه , وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه , وكونه مقدور التسليم ...)[3].

قال النووي : (اشترط كونه معلوم القدر حتى لوقال بعتك ملء هذا البيت حنطة أو بزنة هذه الصنجة ذهبالم يصح البيع ...فرع : إذا باع بدرهم أو دنانير اشترط العلم بنوعها)[4].

وقال : (فرع لو باع بنقد قد انقطع عن أيدي الناس , فالعقد باطل لعدم القدرة على التسليم)[5].

من هذه الأقوال نستخلص أن شروط الثمن عند الفقهاء هي :

- كونه مالا متقوما وتصح المعاوضة فيه .
- طاهرا .
- مباحا منتفعا به.
- مقدورا على تسليمه .
- معلوما للمتبايعين .

2-تسلم العمل :

---

[1] بداية المجتهد ,ج2,ص165.

[2] الشرح الكبير على مختصر خليل , ج2,ص873,ط1, 1427ه-2006م, المكتبة العصرية صيدا بيروت .

[3] حاشية ابن عابدين , ج7,ص15, دارسة وتحقيق وتعليق الشخ عادل عبد الموجود , والشيخ علي محمد معوض , قدم له الدكتور محمد بكر اسماعيل , طبعة خاصة ,1423ه-2003, دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع , المملكة العربية السعودية .

[4] روضة الطالبين , ج3, ص31, تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض , طبعة خاصة1423ه-2003م دار عالم الكتب للطباعة والنشر .

[5] نفسه ص,33.

إذا كانت المقاولة على صورة الأجير المشترك فإنه يجب على المقاول تسليم العمل المتفق عليه فور الانتهاء منه , ويجب على رب العمل تسلمه , لأن هذا هو مقتضى العقد , مالم يكن هناك بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم فإنه حينئذ يعمل بالشرط .

فإن كان العمل الذي تم انجازه تحت يد رب العمل فإن تسلمه يكون بفراغ المقاول منه , لأنه في هذه الحالة يكون المقاول قد سلم العمل شيئا فشيئا , وأما إن كان العمل في يد المقاول فلا بد حينئذ من تسلمه حقيقة .[1]

قال الزحيلي : (على صاحب العمل تسلم ماتم من العمل , متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه , فإذا امتنع بغير سبب مشروع , على الرغم من إنذاره رسميا , وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تقصير منه , فلا ضمان عليه , لأن المقاول أو الأجير الخاص أمين على مافي يده , فلا يضمن ما تلف في يده من غير تعد ولا تقصير .)[2]

والأجير الخاص عند مالك ضامن إذا عدى وأفسد ماتحت يده جاء في المدونة : (القضاء في تضمين الحائك إذا تعدى

قلت لعبد الرحمان بن القاسم : أرأيت ان دفعت الى حائك غزلا ينسجه سبعا في ثمان فنسجه لي ستا في سبع فأردت أن آخذه أيكون لي ذلك فيقول مالك ؟ قال : نعم.

... قلت : فإن أردت ألا آخذه منه فأضمن الحائك ؟ قال ذلك لك .

قلت : أفأضمنه قيمة الغزل أو غزلامثله ؟قال : عليه قيمة الغزل ولايكون عليه غزل مثله .

---

[1] عقد المقاولة , لعبد الرحمان بن عايد , ص201, وأنظر : بدائع الصنائع ,ج4,ص204, ط2, 1406ه-1986م, دار الكتب العلمية بيروت , شرح الزرقاني على خليل , ج7, ص29, د.ط, دار الفكر بيروت , المغني , ج8ص 111,تحقيق الدكتور عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو ,ط1, 1406ه-1986م , هجر للطباعة والنشر والتوزيع , مصر القاهرة .

[2] عقد المقاولة لوهبة الزحيلي , ص241.

...قال سحنون : الغزل أصله الوزن ومن تعدى على وزن فعليه مثله .)[1]
وجاء فيها أيضا : (القضاء في تضمين الصناع :
قلت أرأيت لو أني دفعت الى قصار ثوبا لغسله لي فغسله أو دفعت الى خياط ثوبا ليخيطه لي ففعل ثم ضاع بعدما فرغ من العمل فأردت أن أضمنه في قول مالك كيف أضمنه قيمته يوم قبضه مني أم أدفع اليه أجره فأضمنه قيمته بعدما فرغ منه؟ قال : سألت مالكا أو سمعت مالكا يسأل عن الرجل يدفع الى القصار الثوب فيفرغ من عمله وقد أحرقه أو أفسده ماذا على العامل ؟قال : قيمته يوم دفعه اليه , ولا ينظر الى ما ابتاعه به صاحبه غاليا كان أو رخيصا ...قال : وسألنا مالكا عن الخياطين اذا أفسدوا ما دفع اليهم ؟ قال : عليهم قيمةالثياب يوم قبضوها...[2])
قال ابن رشد : (وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم فإنهم اختلفوا في ذلك في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف : يضمنون ماهلك عندهم , وقال أبو حنيفة :لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ,ويضمن المشترك ومن عمل بأجر .
...وتحصيل مذهب مالك على هذا : أن الصانع المشترك يضمن , وسواء عمل بأجر أو بغير أجر , وبتضمين الصناع قال علي وعمر , ... وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبع الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم , ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة[3]).

---

[1] المدونة الكبرى , ج3,ص399, ط1, 1415ه-1994م, دار الكتب العليمة بيروت لبنان .
[2] نفسه ,ص400.
[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ,ج2,ص221,د.ط,1427ه-2006م , المكتبة العصرية صيدا بيروت .

***تسلم العمل في القانون المغربي**

ينص الفصل 774من قانون الالتزامات والعقود على أنه : (يلتزم رب العمل بتسلم المصنوع إذا كان مطابقا للعقد , كما يلتزم بنقله إذا كان من شأنه أن ينقل.

إذا ماطل رب لعمل في تسلم الشيء من غير أن يكون ثمة خطأ تحمل تبعة هلاك هذا الشيء أو تعيبه , ابتداء من وقت ثبوت مطله بإنذار يوجه اليه).

3- تمكين المقاول من القيام بالعمل

إن المقاول مضارب يسعى لتحقيق الربح , ويهمه أن ينتهي من تنفيذ المقاولة في أسرع وقت حتى يتفرغ لغيرها , ومن ثم فإن كل تعطيل من جانب رب العمل يؤثر على مصالح المقاول , فوجب لذلك على رب العمل أن يساعد المقاول على القيام بالعمل فإذا كان المقاول سيقيم بناء كان على رب العمل أن يسلمه التصميم , وأن يقوم باستخراج الترخيص أو التصريح الخاص باقامة البناء , واذا تعهد رب العمل بتقديم مواد أو أدوات أو آلات وجب عليه أن يقوم بتقديم هذه الأشياء , اذا كان على رب العمل أن يساهم في بعض مراحل العمل , في تصحيح التجارب لطبع كتاب وجب عليه أن يقوم بهذا العمل حتى لا تتعطل المطبعة بسببه.[1]

يجب على رب العمل تمكين المقاول من القيام بالعمل لسببين :

-عقد المقاولة عقد ملزم فوجب على كل طرف الوفاء بالتزاماته , واعاقة رب العمل للمقاول في تنفيذ التزامه مناف لمقصود العقد .

---

[1]أصول القانون المدني , ج2,ص250,مطبعة الساحل الرباط .

-اذا لم يمكن رب العمل المقاول من تنفيذ العمل يكون قد تسبب في فوات مصلحة المقاول هدرا .[1]

المطلب الثاني التزامات المقاول

يلتزم المقاول بثلاثة أشياء رئيسة وهي :

1- انجاز العمل وفق شروط العقد : يجب على المقاول أن ينجز العمل وفق ماانفق عليه ,واذا أخل المقاول بشرط من الشروط كان لرب العمل حق فسخ العقد في الحال اذا تعذر اصلاح العمل .

وأما اذاكان اصلاح العمل ممكنا , كان لصاحب العمل انذار المقاول بتصحيح العمل خلال أجل معقول , فاإذا انقضى الأجل دون اتمام التصحيح , جازله أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهد الى مقاول آخر باتمام العمل على نفقة المقاول الأول .[2]

2-تسليم العمل : اذا انتهى المقاول من العمل المتفق عليه فيجب عليه تسليمه الى رب العمل فور الانتهاء منه لأن هذا هو مقتضى العقد الا أن يكون بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم حينئذ يعمل بالشرط .

ويكون التسليم بوضع الشيء تحت سلطة رب العمل وذلك اما بالفراغ منه أو اذا كان تحت يد رب العمل أو بتسليمه حقيقة اما عن طريق التخلية أو المناولة .[3]

3-الالتزام بالضمان : يضمن المقاول ماتولد عن فعله أو صنعه من ضرر أو خسارة , سواء أكان بتعدية أم بتقصير أم لا[4], لأنه كالأجير المشترك أو

---

[1] أنظر عقد المقاولة لعبد الرحمان العايد , ص199.

[2] أنظر عقد المقاولة للزحيلي , ص242, وأنظر عقد المقاولة لعبدالرحمان العايد , ص179,/عقدالمقاولة في الاسلام لابراهيم شاشو , ص758.

[3] أنظر عقد المقاولة لعبدالرحمان العايد , ص183.

[4] أنظر عقد المقاولة للزحيلي , ص243.

كسائر الصناع عند مالك وقد مر تضمينه لهم ,قال ابن رشد : (وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته ,وإن كان صاحبه قاعدا معه , إلافيما كان فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته , وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ).[1]

***التزامات المقاول في القانون المغربي**

بالاضافة الى نصوص قانون الالتزامات والعقود فقد خصص القانون المغربي بابا خاصا في المرسوم المتعلق بالشروط الادارية .

- أما التي نص عليها قانون الالتزامات والعقود فهي نفسها الالتزامات السالف ذكرها فقد نص الفصل 768 على أنه : (يسوغ لرب العمل ...أن يرفض تسلم المصنوع أواذا كان قد تسلمه أن يرده خلال الأسبوع التالي لتسلمه مع تحديد ميعاد معقول للعامل لقيامه باصلاح العيب أو بتدارك الصفات الناقصة , اذاكان ممكنا فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن ينفذ أجير الصنع التزامه كان لرب العمل الخيار بين :

1-أن يجري بنفسه اصلاح العمل على نفقة أجير الصنع اذا كان اصلاحه مازال ممكنا .

2-أو أن يطلب انقاص الثمن .

3-أو أن يطلب فسخ العقد وترك الشيء لحساب من أجراه .

والكل مع حفظ التعويضات ان كان لها محل .)

---

[1]بداية المجتهد ونهاية المقتصد ,ج2,ص222,د.ط,1427ه-2006م , المكتبة العصرية صيدا بيروت

وفي انجازه للعمل يلتزم المقاول بتقديم الآلات والأدوات جاء في الفصل761 : (يلتزم أجير الصنع بتقديم الآلات والأدوات مالم ينص العرف أو الاتفاق بغير ذلك).

2 - تسليم العمل : يلتزم المقاول بأن يقوم بتسليم العمل الى رب العمل بعدانجازه أو في الموعد المتفق عليه بينهما , ويتم التسليم اما بمناولة الشيء لرب العمل , أو بالتخلي عن البناء ليحوزه أوتسليمه مفاتيحه , [1] أما عن المكان الذي يتم فيه التسليم فانه لايوجد نص يحدد ذلك ويجب الرجوع فيه للقواعد العامة . [2]

3 - ضمان العمل : يلتزم المقاول بضمان عيوب ونقائص عمله وهذا الضمان عام في كل مقاولة ,وقدنص الفصل 767على انه : (يلتزم أجير الصنع بضمان عيوب ونقائص صنعه وتطبق على هذا الضمان الفصول 549, 553, 556).

❖ أما التزامات المقاول بمقتضى مرسوم الشروط الادارية فنلخصها كالتالي :

- يلتزم المقاول بتحديد موطنه في المغرب .
- التزام المقاول بالحضور في أماكن الاشتغال .
- اختيار مساعدين .
- تشغيل العمال ودفع أجورهم .
- التقيد بقانون الهجرة اذا عزم على تشغيل مستخدمين من الخارج.
- تطبيق بنود قانون الشغل .
- الاكتتاب في التأمين لتغطية الأخطار .
- تأمين جميع المطالب المتعلقة بالتوريدات .

---

[2] أصول القانون المدني , ج2,ص237,مطبعة الساحل , الرباط.

–التقيد بالأنظمة والتعليمات الصادرة عن السلطات المعنية بالمكان الذي تنجز فيه الأشغال .

–كتمان السر لحساب الدفاع .

–الالتزام بشروط السلامة والنظافة الصحية .

–التقيد بالنظم المعمول بها في مجال النقل .

–اعداد الوثائق حسب دفتر الشروط .

–الالتزام بمطابقة المنتوجات للمعايير والمواصفات المعمول بها .[1]

المبحث الخامس : حكم الشرط الجزائي في عقد المقاولة

لقد تبين لنا بعد هذا كله أن عقد المقاولة اما يكون عقد استصناع أوعقد اجارة , وقد رأينا أن الشرط الجزائي اختلف في حكمه في العقود غير المتعلقة بالديون على قولين الاباحة والجواز , والقول بالمنع والحظر , وقد مر معنا أدلة الفريقين , ورجح عندي في مكانه أن القول بالجواز والاباحة

---

[1] أنظر مرسوم 1087. 99. 2 المتعلق بدفتر الشروط الادارية والعامة من المادة 17 الى المادة 38 من مدونة الصفقات العمومية.

هوالقول السديد لقوة الأدلة التي استدل بها المجيزون وضعف مستند القائلين بالحظر والمنع و هذا استعراض لأدلة المجيزين بإيجاز :

-الأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز

واستدل لاثبات هذه القاعدة بأدلة كثيرة من القرآن والسنة منها :

القرآن الكريم :

-﴿ياأيها الذين آمنوا أفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام﴾[1]

- ﴿وإذا قلتم فاعدلو ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا﴾[2]

-**﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا﴾**(الاسراء 34)

-﴿ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لايولون الأدبار وكان عهد الله مسؤولا﴾[3]

-﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾ [4]

-﴿ وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ان الله يعلم ماتفعلون ولا تكونوا كالتي نقضت غزلهامن بعد قوة أنكاثا تتخدون أيمانكم دخلا بينكم﴾ [5]

-﴿ والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون ﴾ [6]

قال ابن تيمية : (واذاكانت رعاية العهد واجبة فرعايته هي الوفاء به)[7].

-﴿ وما يضل به الا الفاسقين الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ماأمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض﴾ [8]

---

[1](المائدة,الاية 1)

[2](الأنعام 152)

[3]الأحزاب 15)

[4](النساء 1)

[5](النحل 91-92)

[6](المؤمنون 8) (المعارج 32)

[7] القواعدالنورانية الفقهية , ص277.

[8](البقرة 26-27)

-﴿ ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملئكة والكتب والنبيين وءاتى المال على حبه ذوي القربى واليتمى والمسكين وابن السبيل والسآئلين وفي الرقاب وأقام الصلاة وءاتى الزكواة والموفون بعهدهم اذا عاهدوا والصبرين في البأسآء والضرآء وحين البأس أولئك الذين صدقوا وأولئك هم المتقون﴾ [1]

***السنة :**

-عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ,ومن كانت فيه خصلة كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : اذا حدث كذب واذاوعد أخلف , واذا أتمن خان , واذا عاهد غدر , واذا خاصم فجر)[2].

-وفي الصحيحين عن عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ينصب لكل غادر لواء يوم القيامة) [3]

-ومنها ماروواه الترمذي عن كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((الصلح جائز بين المسلمين , إلا صلحا حرم حلالا , أو أحل حراما , والمسلمون عند شروطهم , إلا شرطا حرم حلالا , أو أحل حراما)). قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح .[4]

ويستدل أيضا بما ذكره البخاري معلقا في صحيحه قال : وقال ابن عون عن ابن سيرين : قال رجل لكريه : أدخل ركابك , فإن لم أرحل معك يوم كذا

---

[1](البقرة 177)

[2] الجامع الصحيح للبخاري, كتاب الايمان , باب علامةالمنافق الحديث رقم 34- الجامع الصحيح لمسلم كتاب الايمان , باب خصال المنافق رقم الحديث 58 .

[3]البخاري كتاب الجزية والمواعدة باب إثم الغادر للبر والفاجر رقم الحديث 3188-مسلم كتاب الجهاد-باب تحريم الغدرالحديث رقم1735.

[4] سنن الترمذي , كتاب الأحكام , باب مذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس , الحديث رقم 1356,ص416,وقدصحح الحديث العلامة الألباني في ارواء الغليل رقم1303,وأشار الى تصحيحه أيضا في غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام , وذكره في السلسلة الصحيحة رقم2915, المجلد السادس القسم الثاني .

وكذا , فلك مائة درهم , فلم يخرج , فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه وقال أيوب : عن ابن سيرين : إن رجلا باع طعاما , وقال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع , فقال شريح للمشتري :أنت أخلفت , فقضى عليه .[1]

2- لاضرر ولا ضرار :

عدم تنفيذ العقد يؤدي الى الضرر والإضرار وهو مرفوع شرعا منهي عنه , والشرط الجزائي يهدف الى **حماية المتعاقدان من الضرر والإضرار وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : ((لاضرر ولا ضرار)).**[2]

3- المصالح المترتبة على الشرط الجزائي :

الشرط الجزائي عامل من عوامل الحث على الوفاء بالعقد ومنع التلاعب بحقوق العباد، وإلحاق الضرر بهم , واقرار جوازه من باب العمل بالمصالح المرسلة .

4-العرف.

*وقد رأينا جواز الشرط الجزائي في عقد الاستصناع إن كان مشترطا من المستصنع ولايجوز إذا كان من الصانع لوروده حينها على الدين وهو ربا صريح .

ورأينا بأنه يجوز الشرط الجزائي في الإجارة إذا كان مشترطا من المؤجر أو رب العمل .

---

[1] الجامع الصحيح للبخاري , كتاب الشروط , باب مايجوز من الاشتراط والثنيا والإقرار , والشروط التي يتعارفها الناس بينهم , وإذا قال مائة الا واحدة أو ثنيتين ,

[2] سنن ابن ماجه , كتاب الأحكام , باب من بنى في حقه ما يضر بجاره , حديث رقم 2341 .وقد صححه العلامة الألباني في تخريج الحلال والحرام رقم68, وأخرجه في ارواء الغليل رقم896.

ومادامت المقاولة اما استصناعا أو اجارة وبما أن الشرط الجزائي جائزفيهما وفي غيرهما من العقود الأخر فهوجائز وروده في عقد المقاولة ويجب الوفاء به لأنه خادم لمقصود العقد وهوضمان الوفاء بالالتزام وتجنب التلاعب بأموال الناس فهو توثقة وتأكيد للعقد , لهذا أفتى مجمع الفقه الاسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجوازه في قراره رقم 109(12/3) بتاريخ 1395وجاء في بنده الرابع : (يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا فإن هذا من الربا الصريح , وبناء على هذا فيجوزهذا الشرط –مثلا – في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول , وعقد التوريد بالنسبة للمورد , وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع اذا لم ينفذ ماالتزم به أو تأخر في تنفيذه).[1]

قال وهبة الزحيلي : (يتبين من هذا القرار والدراسات الفقهية التي قدمت للمجمع قبل انعقاد دورته أنه يجوز في المقاولة الأخذ بالشرط الجزائي , منعا من تأخر المقاول من انجاز عمله في الوقت المحدد في صلب عقد المقاولة إذا نص في عقد المقاولة بين المتعاقدين على الأخذ بمقتضاه أو باتفاق لاحق قبل حدوث الضرر).[2]

كما أجاز المجمع السالف ذكره أن يكون الشرط الجزائي مقترنا بالعقد الأصلي كما أجاز أن يكون في اتفاق لاحق قبل حدوث الضرر .

والخلاصة أن الشرط الجزائي جائز في العقود مالم يفض الى محظور شرعا واشتراطه في المقاولة فيه جلب للمصالح ودفع للمضار من الخلافات

---

[1] أنظر محمد بن الحسين الجيزاني , فقه النوازل ,ج3,ص73 ,ط2, 1427ه-2006م , دار ابن الجوزي , وأنظر جريدة السبيل العدد76,ص9.

[2] **قضايا الفقه والفكر المعاصر ,ص236.**

والنزاعات والتلاعب بأموال الناس , وأنه شرط رضائي يلزم به المقاول نفسه بتوافق مع رب المال , فلذلك كله يظهر جوازه في عقد المقاولة لعدم وجود دليل مانع والأصل الاباحة حتى يرد دليل التحريم –والله أعلم –.

الاستنتاج

الشرط الجزائي من الشروط المعاصرة المستحدثة في حياة الناس , وقد التجيء اليه لحماية الأموال من الابتزاز والتلاعب وقد عملت به القوانين المدنية حتى في الديون وقد تبين عدم جوازه فيها لكونه ربا صريحا , ومن العلماء من ذهب إلى القول بأنه شرط فاسد غير مفسد للعقد , وقد ذهب جمهور العلماء إلى اعتباره والأخذ به وقد أقره المجمع الفقهي المنبثق عن منظمة المؤتمر الاسلامي أخذا بقاعدة الأصل في الشروط والعقود الاباحة والجواز , وعقد المقاولة عقد جديد الاسم قديم الصورة والرسم فهو عقد اجارة على العمل من جانب في حال كون رب المال قد وفر المادة , وعقد استصناع إذا كان المقاول سيقدم العمل والمادة غير أن عقد المقاولة يعد أشمل وأوسع من عقد الاستصناع والاجارة لتضمنه عقودا أخرى موازية , واشتراط شرط جزائي في المقاولة لايخرج عن قاعدة الأصل في الشروط والعقود الاباحة , فقد أقر جمهور العلماء بجوازه لما فيه من المصلحة لكلا طرفي العقد إذا اشترط في نفس العقد أو في عقد لاحق قبل وقوع الضرر.

–والله أعلا وأعلم

خاتمة

انتهينامن خلال مختلف مباحث هذه الدراسة الى القول والجزم أن الفقه الاسلامي يساير الأعصار والأمصار , والشريعة قادرة على استيعاب كل ماستجد واستحدث لأنها من لدن حكيم خبير ولا يكون في ملكه الا ما يريد سبحانه جل وعلا , وأهم الاستنتاجات العلمية التي تم تقريرها في هذا البحث هي كالآتي :

1-أن الشرط الجزائي داخل في عموم أحكام الشروط لا يخرج عنها .

2- وتبين أن المقاولة اسم أعم من الإستصناع والاجارة ,

3-وخلصنا الى أن الشرط الجزائي في عقد المقاولة جائز لايخالف الشرع الحكيم لكونه شرطا يفي بمقصود العقد ويؤكده ويلزم الطرفين على الوفاء بمضمونه وعدم مخالفة مقتضياته .

4-الشرط الجزائي ليس بعربون ولارهن بل هو معاملة مستقلة بذاتها لها حكمها في الفقهة الاسلامي كما أن الأصل في الشروط الجواز والاباحة والشرط الجزائي داخل ضمن هذا الأصل .

5-أن الشرط الجزائي عقوبة للمقاول عند اخلاله بالتزاماته , وتعويض لرب العمل عن الضرر الحقيقي الناتج عن اخلال المقاول بالتزاماته .

ومما انتهت اليه هذه الدراسة أيضاأن الشرط الجزائي كان موضوعا لكثير من الأبحاث لدى الدارسين المهتمين بالفقه بالمشرق حيث نجدهم يعقدون دراسات مقارنة لهذا الشرط انطلاقا من قوانين الدول التي يعيشون فيها .

خلافا لذلك قلت هذه الدراسات المقارنة بالمغرب –حسبما وصلت اليه – ولعل السبب في ذلك راجع الى أن القانون المغربي لم ينص على أحكام الشرط الجزائي صراحة لكنه أدخله في عموم القواعد المتعلقة بالشروط باستثناء ما تعلق بالصفقات العمومية فقد نص فيها على أحكام غرامات التأخير التي فصل بنودها في قانون 2002المتعلق بالصفقات العمومية بسبب الخسارة التي تتحملها الدولة نتيجة تواطؤ المصالح التقنية العمومية مع بعض المقاولين الذين كانوا لايتقيدون بدفاتر الشروط التي تجري على أساسها المناقصات .

وبعد هذا فاني أقول إن هذا الموضوع لازال بحاجة الى مزيد بحث وتوسع وتدقيق نظر وتدبر , وقد بدلت جهدي لاستجلاء بعض جوانبه والوصول الى بعض أحكامه, ومع ذلك أقول أني مقصر في حقه غير مستجمع لكل أركانه ومناحيه , وأختم كما بدأت بحمد الله تعالى وشكره على مننه التي لاتحصى وآلائه التي لاتعد , وهوالمسؤول سبحانه أن يلهمناالرشاد والسداد في كل أقوالنا وأعمالنا ظاهرها وباطنها , سرها وعلانيتها إنه قريب مجيب الدعاء وصلى الله وسلم على محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا .

المصادر والمراجع

***القرآن والتفسير**

–القرآن الكريم برواية ورش عن نافع .

–أحكام القرآن لابن العربي , دار الكتب العلمية , بيروت لبنان .

–أحكام القرآن للجصاص ,دار المصحف بالقاهرة .

–تفسير القرآن الكريم , للحافظ لابن كثير , دار الجيل ,ط1, 1991.

–تفسير الجلالين , مكتبة السلام الجديدة .

–تفسير آيات الأحكام لمحمد علي السايس,الطبعة 1 ,
1422هـ/2001مكتبة الصفا .

–تفسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان , للسعدي , الطبعة 1,
1425هـ/2004,مكتبة الصفا.

–زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي , الطبعة1, 1423هـ/2002م ,
دار ابن حزم .

–فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية , للشوكاني , الطبعة الرابعة
1428هـ/2007م, دار المعرفة ,بيروت لبنان.

–الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل , للزمخشري ,ط1,
1423هـ/2002م, دار المعرفة, بيروت لبنان .

–المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية الأندلسي, دار ابن
حزم .بيروت لبنان.

***الحديث وفقه الحديث**

–إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل , المكتب الاسلامي .

الافهام شرح بلوغ المرام , لعبد العزيز بن عداالله لراجحي , دار العاصمة .

- تيسير العلام شرح عمدة الأحكام,للبسام ,ط1, 1424هـ/2004م, دار ابن حزم. بيروت لبنان .

- الجامع الصحيح للبخاري , الطبعة2, 1426هـ/2005, دار صبح .

- فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ,بيت الأفكار الدولية .

- الجامع الصحيح لمسلم , الدار الذهبية .

-سنن الترمذي الطبعة 1, 1422هـ/2002م,دار ابن حزم . بيروت لبنان.

-سنن النسائي (المجتبى)الطبعة 1, 1420هـ/1999م,دار ابن حزم . بيروت لبنان.

- عون المعبود شرح سنن أبي دود,الطبعة 1, 1426هـ/2005م,دار ابن حزم. بيروت لبنان.

- سنن ابن ماجه , دار احياء الكتب العربية .

-السلسلة الصحيحة ,للألباني ,ط1, 1417هـ/1996م, مكتبة المعارف للنشر والتوزيع, الرياض.

-سبل السلام شرح بلوغ المرام ,1421هـ/2004م, دار الحديث للطباعةوالنشر, القاهرة.

-غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام ,للألباني , ط1, 1414هـ/1994م , المكتب الاسلامي.

- مسند الامام أحمد ,الطبعة1(لونان),دار الكتب العلمية .

-الموطأ لمالك ,الطبعة 3, 1420هـ/1999م, دار النفائس .

-نيل الأوطار من أسرار منتقي الأخبار , للشوكاني ,ط1, 1421هـ/ 2000, دار ابن حزم .

*** أصول الفقه**

-اتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر , لعبد الكريم بن علي النملة , ط1, 1417هـ/ 1996م دار العاصمة للنشر والتوزيع .

-ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول , للشوكاني , دار الكتب العلمية, بيروت لبنان.

-أصول الفقه لخضري بك , ط6, 1386هـ/1969م, المكتبة التجارية الكبرى .

-أصول الفقه لأبي العينين بدران , مؤسسة شباب الجامعة .

-أصول الفقه للحبابي , ط4, 2001, مطبعة النجاح الجديدة .

-أعلام الموقعين عن رب العالمين , ضبط وتعليق محمد معتصم البغدادي , دار الكتاب العربي.

-البحر المحيط للزركشي , ط3, 1413هـ/1992م, دار الصفوة .

-التأسيس في أصول الفقه , مصطفى بن سلامة , مكتبة الحرمين .

-تقويم الأدلة ,للدبوسي ,ط1, 1421هـ/2001م , دار الكتب العلمية .

-التحبير شرح التحرير للمرداوي , مكتبة الرشد الرياض .

-جمع الجوامع لابن السبكي , ط2, 1424هـ/2003م, دار الكتب العلمية.

-الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب , للبابرتي , دراسة وتحقيق ضيف الله بن صالح العمري , ط1, 1426هـ/2005م , مكتبة الرشد .

-شرح تنقيح الفصول للقرافي , 1424هـ/2004م, دار الفكر .

-شرح العضد على مختصر المنتهى , لأحمد الإجي , ط1 , 1421هـ/2000م, دار الكتب العلمية .

-شرح كتاب قواعد الأصول ومعاقد الفصول للقطيعي , ط1, 1427هـ/2006م , دار الكنز.

-شرح الكوكب المنير , تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد , 1413هـ/ 1993م, مكتبة العبيكان .
-صحيح الفقه والمتفقه للخطيب البغدادي , ط1, 1418هـ/1997م, دار الوطن للنشر .
-علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف , مكتبة الدعوة الاسلامية .
-مذكرة في أصول الفقه لمحمد الأمين الشنقيطي , مكتبة العلوم والحكم.
-معالم أصول الفقه عند أهل السنة , لمحمد الجيزاني , ط1 , 1416هـ/1996م, دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع .
-المستصفى , للغزالي , 1420هـ/2000م, دار الكتب العلمية .
-نشر البنودعلى مراقي السعود , لسليمان بن احمد الشنقيطي ,ط2, 1426هـ/2005م, دار الكتب العلمية .
-المغني في أصول الفقه , لعمر بن محمد الخبازي , تحقيق محمد مظهر بقا , نشر جامعة أم القرى مركزالبحث العلمي واحياء الثرات الاسلامي .
-منتهى السول في علم الأصول , 1424هـ, دار الكتب العلمية .
-الموافقات للشاطبي , ط5, 1422هـ/2001م, دار المعرفة للنشر والتوزيع .
-نفائس الأصول في شرح المحصول , دراسة وتحقق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود عوض , ط1, 1416هـ/1995م, مكتبة نزار مصطفى الباز.
-الواضح في أصول الفقه لأبي الفداء علي بن عقيل , ط1, 1420هـ/1999م, مؤسسة للرسالة .
-الوجيز في أصول الفقه ,لوهبة الزحيلي , ط2, 1419هـ/1999م, دار الفكر دمشق

*** الفقه**

-أقرب المسالك الى فقه مذهب مالك , لأحمد ن بمحمد الدردير , مكتبة أيوب كانو النيجيريا .

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد , ,د.ط,1427ه,2006م,المكتبة العصرية صيدا بيروت.

-البحر الرائق شرح كنز الحقائق لابن نجيم , ط1, 1997م, دار الكتب العلمية.

- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة , ,ط1, 1418ه, 1998م,دار النفائس للنشر والتوزيع.

-بدائع الصنائع ,ط2, 1402هـ, دار الكتاب العربي .

-بلغة الساغب بغية الراغب , ,تحقيق بكر أبوزيد, تقديم محمدالحبيب بالخوجة , دار العاصمة للنشر والتوزيع.

-البهجة في شرح التحفة للتسولي ,1429ه/2008م, دار الرشاد الحديثة.

-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق , لفخر الدين بن علي الزيلعي , ط2, 1314, المطبعة الأميرية .

تحفة الفقهاء , لعلاء الدين السمرقندي , ط1, 1377ه, جامعة دمشق .

-الجامع في فقه النوازل ,1424ه , نشر مكتبة العبيكان .

- حاشية الدسوقي , دار الفكر بيروت .

-حاشية الصاوي مع الشرح الصغير, المطبعة العصرية , دولة الامارات العربية المتحدة , 1410هـ,1989م.

-حاشية العدوي على شرح أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني,د.ت,د.ط,دار الفكر للطباعة والنشر .

-درر الحكام شرح مجلة الأحكام , لحيدر علي , تعريب فهمي الحسيني , دار الكتب العلمية .

-دليل الطالب على مذهب الامام أحمد, , ط2, 138هـ,1969م,منشورات المكتب الاسلامي.

- سبيل الفلاح في شرح نور الايضاح , تأليف محيي الدين عبد الحميد قدم له ووضع فهارسه محمد محمد بدوي وهبة, دار البيروتي .
-الشرح الكبيرعلى مختصر خليل للقطب الدردير , ط1, 1427هـ,2006م, المكتبة العصرية , صيدا بيروت .
-الشرقاوي على التحرير , مطبعة الحلبي القاهرة .
-الضمان في الفقه الاسلامي , علي الخفيف ,1997م, دار الفكر العربي.
-العناية مع شرح فتح القدير , , داراحياء الثرات العربي.
-عقد الاستصناع أو المقاولة في الفقه الاسلامي , لكاسب بنعبد الكريم البدران ,ط2, 1404هـ/1984م, جامعة الملك فيصل كلية التربية.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني , , ط1, 1425هـ,2005م, دار الرشاد الحديثة.
-فقه السنة للسيد سابق,ط1, 1423هـ/2002م, دار الذخائر .
-فقه النوازل دراسة تأ صيلية تطبيقية , محمد بن الحسين الجيزاني , , ط2, 1427هـ, 2006م, دار بن الجوزي .
- قضايا الفقه والفكر المعاصر , وهبة الزحيلي , (الاعادة الاولى) 1428هـ,2007م, دار الفكر.
-القواعد النورانية لابن تيمية , ط2,رمضان 1428هـ.
- القوانين الفقهية لابن جزي,ص212,د.ط,د.ت,دار الفكر.
-الكافي في فقه المدينة المالكي , لابن عبدالبر,ط2 ,1422هـ,2002م,دار الكتب العلمية.
-كشاف القناع للبهوتي , مطبعة الحكومة ,مكة المكرمة 1394هـ.
- مختصر المزني في فروع الشافعية , , ط1, 1419هـ,1998,دار الكتب العلمية.

-المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الكتاب والسنة , سعدالدين محمدالكبي , ط1, 1423,2002,المكتب الاسلامي.

-الهداية مع شرح فتح القدير , ,دار احياء الثرات العربي .

-المدونة الكبرى ,ط2, 1415هـ-1994م,دار الكتب العلمية , بيروت لبنان.

- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونةمن الأحكام الشرعيات, ,ط1, 1423هـ, دار الكتب العلمية.

-منار السبيل في شرح الدليل , ط5, 1402هـ,1982م,المكتب الاسلامي.

- المهذب بشرحه المجموع , ,مكتبة الارشاد , جدة.

-منهاج الطالبين وعمدة المفتين , , ط1, 1426هـ,2005م,دار المنهاج للنشر والتوزيع .

- مجموع الفتاوي لابن تيمية, ,مطابع الدار العربية ,بيروت ,1398هـ.

-المجموع شرح المهذب للنووي , مكتبة الارشاد ,جدة .

-مشكلات الإقتصاد الإسلامي , عد الحليم عويس , الشركة السعودية للأبحاث والتسويق.

-المغني لابن قدامة , 1412هـ,1992م,هجرللطباعة والنشر , القاهرة.

-مواهب الجليل شرح مختصر خليل , 1329هـ, مصر , مطبعة العادة .

-المعين في فقه السنة والكتاب المبين , لمحمد صبحي حسن حلاق, ط1, 1424هـ/2003م, دار الفكر .

-المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا , ط9, 1967م , دار الفكر ,دمشق .

-المحلى بالآثار لابن حزم , دار الفكر, بيروت .

-نهاية المحتاج للرملي , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , مصر 1358هـ.

-هداية الراغب لشرح عمدة الطالب , ط1,1418هـ,1996م,دار محمد للنشر والتوزيع .

***القانون**

-أصول القانون المدني , محي الدين اسماعيل علم الدين , مطبعة الساحل الرباط.
-تحرير الكلام في مسائل الالتزام , ط1, 1984, دار الغرب الاسلامي .
كتاب الفتاوي الشرعية في المسائل الاقتصادية , بيت التمويل الكويتي , 1994م.
-التعويض عن الضررالمعنوي في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة ,لمقدم سعيد ,ط1, 1985م,دار الحداثة للطباعة والنشر, لبنان.
-دراسات في فقه القانون المدني ‘,عبد الناصر أبوالبصل , ط1, 1999, دار النفائس .
-الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله , للحموي , ط1, 1418هـ, مطبعة الزرعي, دمشق .
-قانون الالتزامات والعقود المغربي, مراجعة وتحيين ذ.عطاء الله الأزهري , 2003 -2004م, المكتبة المحمدية , البيضاء .
-مبادئ القانون للوكيل , ط1, 1968,دار المعارف .
-مدخل لدراسة القانون , للطيب الفضايلي , ط5, سبتمبر 2002,مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء .
-المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني , ط2, 1984م

– المسؤولية والجزاء للشافعي , ط1, 1402هـ, مطبعة السنة المحمدية .
–مصادر الالتزام في القانون المدني ,أنور سلطان , ط1, 1987م, منشورات الجامعة الأردنية .
–مصادر الالتزامات , الكتاب الأول نظرية العقد , عبدالقادر العرعاري ,ط3, 2005, مطبعة الكرامة الرباط .
–الموجز شرح القانون المدني العراقي , عبد المجيد الحكيم , شركة الطبع والنشر الأهلية بغداد , ط1, 1965م.
–النظرية العامة للالتزامات , جميل شرقاوي , 1976م, دار النهضة العربية .
–نظرية الالتزام في القانون المدني , أحمدحشمت أبو ستيت , 1945م, مطبعة مصر القاهرة .
–النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي , المختار بن أحمدعطار ,ط1, 1432هـ,2011م,مطبعة النجاح الجديدة , الدار البيضاء.
–الوسيط في شرح القانون المدني , لعبد الرزاق السنهوري ,1998م ,ط3, منشورات الحلبي .

***كتب التعريفات**

–التعريفات للجرجاني ,اعتنى به مصطفى أبويعقوب , ط1, 1427هـ/2006م, مؤسسة الحسني .
–كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي , ط1, 1996, مكتبة لبنان نشرون.
– الكليات , تحقيق عدنان درويش , محمد المصري ,1419هـ/1998م , مؤسسة الرسالة .

***المعاجم**

-العين مرتبا على حروف المعجم , ترتيب وتحقيق عبد الحميدهنداوي ,ط1, 1424هـ/2003م, دار الكتب العلمية .

-القاموس المحيط والقابوس الوسيط , للفيروز آبادي ,ط8, 1426هـ/2005م , مؤسسة الرسالة .

-لسان العرب لابن منظور ,ط1, دار صادر .

-مختار الصحاح ,للرازي , 1422هـ/2001م, المكتبة العصرية بيروت .

-المعجم الاقتصادي الاسلامي , أحمد الشرباصي , 1401هـ/1981م, دار الجيل .

-المعجم الوسيط ,ط4, 1425هـ/2004م , مكتبة الشروق الدولية .

-النهاية في غريب الحديث والأثر للأصبهاني , ط1, 1421هـ, دار ابن حزم .

***المجلات والجرائد**

-الجريدة الرسمية ,عدد4478, 23ذي الحجة1417هـ(فاتح ماي 1997م).

-جريدة السبيل , العدد76, 16 جمادى الأولى 1431هـ, 1ماي 2010م.

-صحيفة القبس , العدد12687, الاثنين 22رمضان 1429هـ, 22سبتمبر 2008, السنة السابعة والثلاثون .

-مجلةأبحاث الاقتصاد الاسلامي , عدد1, مجلد 3, 1405هـ.

-مجلة البحوث الفقهية المعاصرة , العدد14.

-مجلة هيئة كبار العلماء , دار أولي النهى , الرياض , 1992.

-مجلة الحقوق والشريعة العدد2, السنةالأولى 1977م.
-مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية , السنة التاسعة العدد58, رجب 1425هـ/2004م.
-مجلة العدل , العدد8, السنة الثالثة , 1421هـ.
-مجلة المجمع الفقهي الاسلامي بجدة, العدد14, السنة الثانية عشرة . والعدد12, الجزء2 .

***البحوث والدراسات الجامعية**

-أثر الأجل في عقد المقاولة ,في الفقه والقانون , محمدمهدي , سالة ماجستير , جامعة النجاح الوطنية , 2006م.
-الشرط الجزائي في العقود المعاصرة , عبد العزيز اليمني , رسالة الدكتوراه , جامعة الملك سعود الاسلامية , كلية التربية , 1425هـ-1426هـ.
-الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة , عبد المحسن سعيد الرويشد , رسالة دكتوراه , جامعة القاهرة , كلية الحقوق , 1983م.
-الشرط الجزائي لعبدالله الشهري ,المعهد العالي للقضاء , جامعة محمد بن سعود الاسلامية الرياض , قسم الفقه,1418هـ.
-عقد المقاولة لعبد الرحمان بن عايد بن خالد العايد ,ط1, 1425هـ-2004,جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ,مطابع الجامعة , السعودية.
-عقد المقاولة في الاسلام وما يقابله في القانون المدني , زياد حسن قرارية , رسالة ماجسنير , كلية النجاح الوطنية , 2004م.

الفهرس